

REVISTA DA

FACULDADE DE DIREITO

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Edição em homenagem
ao Professor
Franz August Gernot Lippert

VOLUME 22 • SETEMBRO 2002

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

Volume 22 - 2002

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 de honra desta edição
Professor Carlos Silveira Noronha - Diretor

Edição em homenagem ao Prof. Franz August Gernot Lippert, sob os auspícios do
Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS

Conselho Editorial

Prof. Galeano Vellinho Lacerda
Prof. Almiro Régis do Couto e Silva
Prof. José Sperb Sanseverino
Prof. Dr. Peter Walter Ashton
Prof. Eduardo Kroeff Machado Carrion
Prof. Sérgio José Porto
Prof. Dr.ª Judith Hofmeister Martins Costa
Prof. Dr. Cezar Sladanha Souza Junior
Prof. Dr. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
Prof. Dr. Cláudia Lima Marques

Prof. Juarez Freitas
Prof. Dr. Rui Portanova
Prof. Odone Sanguiné
Prof. Carlos Freire Hofmeister
Prof. Dr. Luís Afonso Heck
Prof. Dr. Cláudio Fortunato Michelon Jr.
Prof. Dr. Luiz Fernando Barzotto
Prof. Dr.ª Vera Maria Jacob de Fradera
Prof. Blásio Hugo Hickmann
Ac. Filipe Madsen Etges
Prof. Franz August Gernot Lippert

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. - Vol. 22 - Porto Alegre: UFRGS. Set./2002 - Semestral - Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre, publicada de 1949-1974

ISSN 0104-6594

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

CDU: 34(05)

Bibliotecária responsável: Simone Augustinho Rocha (CRB 10/1302)

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

Av. João Pessoa, nº 80 - CEP 90.040-000 - Porto Alegre/RS - Brasil
Tel.: (51) 3316-3118 / 3316-3128 / 3316-3555 / 3316-3464

E-mail: diretor@direito.ufrgs.br

Site: <http://www.ufrgs.br>

EDITORIAL

Passados trinta e oito anos de convívio nesta Faculdade de Direito, quero agradecer aos meus colegas, em especial, aos professores Ruy Cirne Lima, Clóvis do Couto e Silva e Otávio Caruso da Rocha in memoriam, e Galeno Lacerda, o feliz convívio e a oportunidade que tive primeiro como professor, e depois, como Diretor desta Revista.

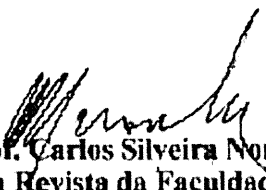
Para a execução da tarefa que me foi atribuída de recomençar a publicação da Revista da Faculdade de Direito, então há vinte anos sem ser editada, contei com a preciosa contribuição da bibliotecária Simone Augustinho Rocha e a fundamental colaboração dos autores dos artigos que qualificaram em conteúdo, a imagem desta Faculdade.

Hoje me despeço com a prazerosa sensação de dever cumprido e com a certeza de que meus colegas continuarão essa história sem ter que enfrentar um recomençar.

Franz August Gernot Lippert

Homenagem

Havendo assumido, por delegação do Senhor Professor Diretor da Faculdade de Direito, na forma da Portaria nº 24/2002 - FD, de 06 de agosto de 2002, a direção da Revista desta Faculdade, temos a honra de homenagear em nome da Instituição que nos delegou o encargo e em nosso nome pessoal, o Professor Doutor Franz August Gernot Lippert, não só pelos 38 anos que dedicou ao magistério universitário, como também pelos sete anos de profícua direção da Revista, à qual se dedicou com denodo e extrema dedicação, aproveitando a oportunidade para agradecer a Sua Senhoria a dinâmica atuação na realização desse encargo, ao mesmo tempo em que o saudamos pelo merecido jubileamento, após atuação brilhante como docente desta Intituição.



Prof. Carlos Silveira Noronha
Diretor da Revista da Faculdade de Direito

SUMÁRIO

Pág.

A Liberdade de Expressão e o Direito de Crítica Pública	08
<i>Bruno Nubens Barbosa Miragem</i>	
O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais	31
<i>C. A. Alvaro de Oliveira</i>	
Considerações acerca do Prazo Decadencial nas Ações Edilícias	43
<i>Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz</i>	
Boa-fé nos serviços bancários, financeiros , de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor	47
<i>Claudia Lima Marques</i>	
As Importações Paralelas à Luz do Princípio de Exaustão do Direito de Marca e seus reflexos nos Direitos Contratual e Concorrencial	84
<i>Cláudia Marins Adiers</i>	
Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedades Comerciais	135
<i>Elaine Ramos da Silva</i>	
Do Casamento à União Estável: Aspectos Patrimoniais	152
<i>Ester Lopes Peixoto</i>	
A “Judicialização da Política” e a “Politização do Judiciário” no Brasil	193
<i>Fabiano Engelmann</i>	
Ainda Sobre as Diversas Eficácias e Efeitos da Sentença	206
<i>Fernando Sá</i>	
Introdução ao Sistema Interamericano de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos	216
<i>Ignacio J. Alvarez M.</i>	
A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares	228
<i>Judith Martins-Costa</i>	

A Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais	259
<i>Marta Gonçalves da Silva Soares</i>	
Pessoa Jurídica: Questões Clássicas e Atuais	300
<i>Norberto da Costa Caruso Mac-Donald</i>	
Breves Palavras Acerca do Iluminismo e o Direito	377
<i>Plínio Melgaré</i>	
A Regulamentação das Telecomunicações no Âmbito da Organização Mundial do Comércio - OMC	398
<i>Renata Campetti Amaral</i>	
Democracia e Subsidiariedade	412
<i>Rozângela Bertolo</i>	
A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro	427
<i>Sálvio de Figueiredo Teixeira</i>	
A Joint Venture Internacional e sua Aprovação consoante a Lei Antitruste Brasileira	457
<i>Thiago V. Flores</i>	

Artigos Internacionais

Harmonisation of European Taxation	502
<i>Gerhard Laule</i>	
Preenchimento de lacunas na Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias	527
<i>Michael R. Will</i>	

A Liberdade de Expressão e o Direito de Crítica Pública

Por Bruno Nubens Barbosa Miragem

Mestrando em Direito Privado pela UFRGS

Professor da Instituição de Ensino Superior de Brasília – IESB

Professor (licenciado) das Faculdades Integradas Ritter dos

Reis, em Canoas/RS;

Ex-Professor Substituto de Direito Civil da UFRGS

Introdução; I – A liberdade de expressão como direito fundamental; A) Conteúdo e alcance da liberdade de expressão; B) Liberdade de expressão e pós-modernidade; II – O direito de crítica pública; A) Conteúdo e alcance do direito de crítica pública; B) Exercício do direito de crítica: limites e consequência de sua violação; 1. Limites absolutos; 1.1. O princípio da não-discriminação; 1.2. O respeito ao Estado Democrático de Direito; 1.3. A promoção da paz social; 1.4. A integridade moral da pessoa; 2. Limites relativos; 2.1. Veracidade fática; 2.2 Relação de pertinência entre a crítica e os fatos; Considerações finais.

Introdução

A liberdade de expressão constitui, dentre os direitos-liberdades de matriz liberal, o que maiores divergências observa no que refere ao seu conteúdo e alcance. Em geral, o ponto de discórdia por excelência é o que diz com os limites reconhecidos ao seu exercício. Mas a dificuldade de precisão desses limites não se caracteriza como algo necessariamente negativo. Ao contrário, revela a essência desse direito subjetivo de liberdade, cuja regra de autonomia do comportamento do titular que exerce o seu direito só pode ser limitada por uma razão de *status* fundamental semelhante ao que garante a juridicidade do direito cujo exercício se limita.

Isaiah Berlin em seu famoso *Four essays on liberty*¹, distinguiu o conceito de liberdade em *liberdade negativa* e *liberdade positiva*. A primeira, como espécie de liberdade em que o homem tem o poder de agir sem sofrer a obstrução dos outros². Trata-se, como bem se sabe, da definição liberal de liberdade, cuja qualificação *negativa* restaria demonstrada pela *negação* da autoridade³. A liberdade positiva, de outra sorte, seria aquela que titularia o indivíduo, como ser humano racional, a ser conceber sua própria vontade, e de se auto-conduzir na concretização desta vontade⁴. Nesse sentido, seria o sujeito capaz de realizar seu desejo independente de condicionamentos externos que não devem, necessariamente, constituir uma interferência (o que seria impugnado pelo tradicional conceito de liberdade negativa), mas condicionamentos ou influências de caráter subjetivo. Trata-se do conceito de liberdade, pois, construído a partir do respeito à autonomia do indivíduo e seu poder de arbítrio, sua capacidade de fazer escolhas racionais.

A liberdade de expressão, assim, não seria mais do que o reconhecimento do direito do sujeito de projetar publicamente juízos que forma a partir do exercício da razão. Nesse sentido, aliás, é que fora concebido pelo pensamento liberal. Mas, para além disto, seria uma forma de reconhecer juridicamente a própria liberdade de pensamento. Afinal, qual a validade do pensamento se não pudesse o ser humano colocá-lo a prova expressando-o publicamente? Estaria se retirando a possibilidade de aferir sua exatidão, sua validade, pelo que a liberdade de pensamento não teria qualquer utilidade⁵. Nesse sentido a aguda observação de Hannah Arendt, para quem “*a razão humana, por ser falível, só pode funcionar se o homem pode fazer uso público dela*”⁶.

A liberdade de expressão, assim, acabou por se constituir num direito fundamental que, vinculado à liberdade de pensamento, permite não apenas a projeção pública de um sentimento ou juízo de valor sobre algo que se assenta na realidade fática, mas também a liberdade para o novo, o inédito, o diferente, que igualmente é produto da razão humana e não necessita guardar relação com a realidade imediata. O próprio conceito de liberdade artística ou liberdade de opinião podem se situar nesse plano. Não há necessidade da sensibilidade do artista concordar com um critério geral de beleza, assim como não há necessidade de que o juízo de valor que qualquer pessoa

¹ Original editado por Oxford University Press, em 1969.

² Berlin, Isaiah. Quatro ensaios sobre a liberdade. Brasília: Editora da UnB, 1981, p. 136.

³ Assim: Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 235.

⁴ Berlin, Isaiah, Quatro ensaios..., op. cit., p. 142 e ss.

⁵ A proposição é de Kant, que relacionando ambas as liberdades, de expressão e de pensamento, acaba por vincular a primeira, de modo indissociável à idéia de autodeterminação do sujeito. Kant, Immanuel. A paz perpétua e outros opúsculos. Lisboa, 1988, p. 52. Apud: Miranda, Jorge. Manual de direito constitucional, t. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 399.

⁶ Arendt, Hannah. “Verdade e política”. In: Entre o passado e o futuro. 5a ed. São Paulo: Perspectiva, 2000, p. 291.

forme a respeito da realidade seja conforme ao que consensualmente se entenda por correto.

Nesse ponto situa-se o que identificamos como o direito de crítica pública. Trata-se, essencialmente, de reconhecer-se ao ser humano o direito à discordância. O direito ao conflito de idéias, de posições, sejam elas de qualquer natureza (política ou artística, por exemplo). Constitui-se, como veremos, em uma especialização do direito de livre expressão.

A utilidade de abordá-lo especificamente reside em determinar seu exato conteúdo, alcance e, conseqüentemente, os limites ao seu exercício. E daí investigar, afinal, as hipóteses em que se há de reconhecer seu exercício irregular através dos limites impostos pelo ordenamento jurídico.

I - A liberdade de expressão como direito fundamental e suas conseqüências

A liberdade de expressão vincula-se a outras tantas espécies de liberdades, como a liberdade de religião, a liberdade política, a liberdade de reunião e associação, e a de iniciativa econômica⁷. Trata-se, portanto, da liberdade do ser humano de projeção pública da sua vontade.

Concebida como um direito cujo exercício aproveitaria exclusivamente ao seu titular, recebe nova leitura a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, em que pela primeira vez é previsto o *direito de receber informação e opinião*⁸. A liberdade de expressão é observada então, pela primeira vez, como um direito que aproveita não apenas ao indivíduo, mas, sobretudo, à comunidade⁹.

Seu *status* de direito fundamental, de outra sorte, se origina da constatação do direito-liberdade de expressão como condição necessária à dignidade do homem, sendo previsto de modo expresse em praticamente todas as Constituições ocidentais modernas. O alcance desta liberdade, assim como sua compreensão contemporânea é o que ora será examinado.

A) Conteúdo e alcance da liberdade de expressão

⁷ Miranda, Jorge, Manual..., op. cit., p. 399.

⁸ Assim o seu art. 19: "Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão; esse direito inclui o de não ser molestado em razão de suas opiniões, o de investigar e receber informação e opiniões e difundi-las, sem limitação de fronteiras, por qualquer meio de expressão".

⁹ Nesse sentido veja-se: Saavedra Lopez, Modesto. La libertad de expresión en el estado de derecho. Entre la utopia y la realidad. Barcelona: Ariel Derecho, 1987, p. 67. Igualmente: Loretti, Damián M. El derecho a la información. Relación entre medios, público y periodistas. Buenos Aires: Paidós, 1995, p. 20.

O conceito técnico-jurídico de liberdade de expressão se formou a partir de duas vertentes reconhecidas. De um lado o pensamento iluminista francês pré-revolucionário, cuja essência propugnava a liberdade do indivíduo em relação ao Estado¹⁰. Tendo em Montesquieu um dos mais relevantes pensadores, vai conceber a liberdade de expressão como espécie de garantia do controle do exercício do poder do Estado, a partir do pluralismo de associações intermediárias e de vida coletiva descentralizada, a zelar pelo regular exercício do poder político¹¹. A liberdade de expressão aparece pela primeira vez como instrumento de controle do poder¹². Em segundo lugar, contribuiu decisivamente para a formação do conceito técnico-jurídico de liberdade de expressão, as conquistas da política inglesa a partir de Charles II, assegurando a liberdade e o fomento da atividade de imprensa como espaço do discurso público¹³.

Concebido como direito subjetivo público, o direito-liberdade de expressão se classifica em distintos outros direitos subjetivos, conforme o seu modo de exercício. O mestre português Jorge Miranda, classificando a liberdade de comunicação social na Constituição portuguesa, a distingue em: (1) direitos individuais; (2) direitos institucionais; (3) direitos positivos e (4) os direitos de participação¹⁴. Diferenciam-se a partir da estrutura da relação em que se apresentam. Os primeiros de titulação individual, e oponíveis *erga omnes* (por exemplo, o direito de informar, acesso à informação e ser informado). Os direitos institucionais, que dizem com direitos de organismos não governamentais de se expressarem (o direito de acesso dos partidos políticos ao rádio e à televisão¹⁵ ou o livre exercício de culto religioso¹⁶). Os direitos positivos dizem com a faculdade do seu titular receber ou acessar informações (direito de antena¹⁷ ou de publicar jornal¹⁸, por exemplo). E os direitos de participação os que garantem aos seus titulares a prerrogativa de efetivamente participarem da definição dos processos de produção e difusão da informação (no direito brasileiro, por exemplo, através do Conselho de Comunicação Social, previsto constitucionalmente¹⁹).

A liberdade de expressão, como direito subjetivo público genérico, de sua vez, é consagrada no direito brasileiro no art. 5º, incisos IV e IX da Constituição Federal de 1988. Em ambas as disposições, a técnica constitucional é de amplitude da definição

¹⁰ Veja-se: Comparatto, Fábio. Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 47.

¹¹ De la Serna, Luis Escobar. Derecho de la información. Madrid: Dickinson, 1998, p. 31.

¹² Nesse sentido: Von Hippel, Ernst. Historia de la filosofía política, t. II. Madrid, 1962, p. 88.

¹³ De la Serna, Luis Escobar. Derecho..., p. 29. Igualmente, o excelente apanhado histórico de Lewis, Anthony. Make no law. New York: Random House Inc., 1991, p. 40 e ss.

¹⁴ Miranda, Jorge. Manual..., op. cit., p. 405 e ss.

¹⁵ Art. 17, § 3º da CF/88.

¹⁶ Art. 5º, VI da CF/88.

¹⁷ Art. 220, caput, e art. 223 da CF/88.

¹⁸ Art. 220, § 6º da CF/88.

¹⁹ Art. 224 da CF/88.

normativa (*manifestação de pensamento; expressão de atividade intelectual, artística, científica e de comunicação*), procurando pautar seu exercício a partir dos limites previstos em outras disposições, como, por exemplo, nos incisos V e X do mesmo artigo 5º, que faz vizinho das disposições que consagram a liberdade de expressão, seus respectivos limites.

O alcance dos efeitos das normas jurídicas que consagram a liberdade de expressão, é notório, tem sua definição melhor indicada no campo teórico do que na prática. Os problemas práticos que se apresentam, no mais das vezes, referem ao suposto abuso - exercício irregular - da liberdade de expressão. O aspecto central da maioria dos litígios é da incompatibilidade do exercício da liberdade com o direito de integridade moral a partir da proteção da intimidade ou da honra do sujeito atingido. Todos direitos fundamentais (de mesmo *status*, portanto), quando do seu exercício verifica-se um conflito, a aplicação do direito ao caso deve buscar, necessariamente, sua compatibilidade.

A compreensão do conflito, contudo, invariavelmente parte do modo de exercício da liberdade de expressão, e por uma razão essencial: a liberdade é que se exerce de modo a projetar publicamente o produto da razão do titular do direito, divulgando versão sobre um fato ou formulando um juízo crítico sobre o mesmo. Tanto os direitos à intimidade e à vida privada, como o direito à honra, são direitos cujo modo normal de exercício é passivo, ou seja, não exige do seu titular uma atuação material de realização. Ao contrário, qualquer atuação material do titular é posterior a uma eventual violação do seu direito, logo, caracteriza-se como resposta à eventual agressão. A mesma lógica observa-se em relação ao direito a honra, o qual se nota que o titular só atua materialmente com o fito de reparar o dano causado pela violação efetiva do seu direito²⁰. Apenas quando o direito à liberdade de expressão não fora exercido, mas se conhece do modo como o será logo adiante, é que os titulares de direito à intimidade, à vida privada ou à honra poderão recorrer ao seu exercício antecipado, tendo em vista uma eventual violação posterior. Pode requerer, o titular do direito, a chamada tutela inibitória²¹. Entretanto sua atuação material limita-se a buscar, preventivamente, proteção concreta quanto a uma agressão potencial. O que permite manter o reconhecimento do caráter passivo de exercício desses direitos.

Envolvida em conflito de direitos subjetivos, então, a técnica de ponderação haverá de iniciar pelo exame do modo de exercício da liberdade de expressão. Nesse

²⁰ O direito de resposta ou mesmo o direito de ação exercido de modo a ter reconhecida pretensão de reparação do dano são atuações materiais posteriores.

²¹ Sobre o tema, veja-se: Arenhart, Sérgio Cruz. Tutela inibitória da vida privada. São Paulo: RT, 2000, em especial, p. 12 e ss. Igualmente, Torres, José Henrique Rodrigues. "A censura à imprensa e o controle jurisdicional da legalidade". In: Revista dos Tribunais, v. 705. São Paulo: Editora RT, julho de 1994, p. 30 e ss.

sentido o abuso ou exercício irregular dela é que há de causar dano, não o contrário²². Os outros direitos subjetivos envolvidos são observados como limites da liberdade de expressão, embora não sejam vislumbrados pela doutrina e jurisprudência como direitos cujo exercício tenha a potencialidade de causar um dano – logo o direito a honra, a intimidade e a vida privada não sejam capazes, por si, de causar um dano pela sua característica de passividade.

A liberdade de expressão, desse modo, como direito fundamental, tem limitado seu exercício pela extensão que se vai reconhecer aos demais direitos fundamentais, determinando à técnica de ponderação determinar a extensão do exercício conforme a direito dos direitos em conflito.

B) Liberdade de expressão, honra e recato na pós-modernidade

A época em que vivemos é a época da incerteza. Incerteza esta que se caracteriza por ir além do temor que ordinariamente o homem guarda sobre o futuro. Ao mesmo tempo, trata-se de uma característica muito própria dos tempos atuais a necessidade de realização e reconhecimento de todo o êxito. O ser humano precisa de algum modo mostrar-se ao mundo. Dada a perda de referências, de significados comuns, consensuais, qualquer espécie de realização assume sempre um caráter de parcialidade, de modo que o bastante se revista de uma vaga aspiração inatingível. A busca do bastante, nesse sentido, acaba por fazer o homem envolto em suas próprias aspirações e, necessariamente, frustrações. Esta situação determina a observação do outro como espécie de estranho, pela própria impossibilidade de obtenção de objetivos comuns fora da esfera pública. Como bem define Zygmunt Bauman, *“nunca sabemos ao certo quando rir e quando chorar. E mal há um momento na vida, para se dizer sem escuras premonições: “tíve êxito”*²³.

²² Assim por exemplo encontramos no excelente trabalho de Schmitt, Rosane Heineck. “Direito à informação – liberdade de imprensa x direito à privacidade”. In: Sarlet, Ingo Wolfgang. A Constituição concretizada. Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000, p. 211: 241. A liberdade de imprensa, no caso, é que se limita, por seu modo de exercício ativo, não o contrário.

²³ Bauman, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 111. Em sentido contrário, Sérgio Paulo Rouanet defende que embora exista uma consciência de ruptura esta não é real. Trata-se no seu entender, mais de um desejo de ruptura, após as guerras e tragédias creditadas à modernidade do que a efetiva ruptura pós-moderna. Nesse sentido, consciência e realidade não estariam convergentes. Rouanet, Sérgio Paulo. As razões do iluminismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 268 e ss. Em que pese os substantivos argumentos de Rouanet, o simples fato de encaminhar-se a sério uma discussão desse porte, assinala a perda de referências consensuais. Por trás da discussão sobre a realidade ou não do pós-moderno resplandece a dúvida sobre a vigência ou não dos paradigmas modernos, que sustenta a identificação da pós-modernidade.

A falta de uma referência consensual faz com que busquemos expor nossas idéias, ou mesmo a falta delas ao público, buscando a conquista do outro não mais, exclusivamente, pelo argumento racional, mas por outros apelos quaisquer, como o visual, afetivo, caricato etc. Esta conquista do apreço comum passa a ser buscada pela simplificação do discurso público e exposição do que antes se confinava ao absoluto recato²⁴.

É impossível dissociar a liberdade de expressão desse fenômeno. A multiplicação dos meios de comunicação em qualidade e quantidade foi determinante para o aumento assombroso do acesso à informação. Ao mesmo tempo, conhecidos os relatos da influência dos meios de comunicação na formação da compreensão comum sobre um determinado fato²⁵.

Característica desta época, ainda, as facilidades de acesso a um número impressionante de informações sem que, todavia, em face à fatalidade do tempo não se possa tomar contato efetivo com mais do que ínfima parcela delas, sem qualquer idéia do que se deixou de conhecer. Eis mais um elemento de pontuação da desconstrução de verdades pós-moderna²⁶.

No direito, a pós-modernidade se faz sentir por uma crise de legitimação²⁷ caracterizada pelo questionamento de decisões legais ou jurisprudenciais, não lhe reconhecendo mais validade pela simples adequação formal do silogismo entre preceito e sanção, mas questionando do acerto das decisões e sua capacidade de promover efetiva justiça. Nesse sentido, necessário se faz encontrar uma nova legitimação.

O ponto de convergência, assim, passa a ser o que Erik Jayme refere como o *revival* dos direitos humanos²⁸. A narrativa principal em qualquer discurso público, em especial o discurso jurídico, passa a ter, nos dias de hoje, como eixo principal o respeito à dignidade da pessoa humana.

²⁴ O exemplo notório, nesse aspecto, as relações de afeição, conjugais ou não, que no passado eram intencionalmente confinadas quase que à exclusividade dos sujeitos envolvidos e que hoje surgem relatadas em detalhes nos diversos meios de comunicação, muitas vezes inclusive idealizadas artificialmente para cativar o público de forma mais efetiva.

²⁵ Ilustrativa a frase de um publicitário norte-americano citado por Haselden: "You can tell the ideals of a nation by its advertisements". Haselden, Kyle. *Morality and the mass media*. Nashville: Broadman Press, 1968, p. 152. No mesmo sentido, o estudo de Hans-Bernd Brosius e Dirk Engels, "Es possible que los medios de comunicacion influencien los demás, pero no logran hacerlo conmigo. Las causas del efecto tercera persona". In: *Globalización, Democracia y medios de comunicación*. Buenos Aires: Fund. Konrad Adenauer, 1999, p. 137.

²⁶ Marques, Cláudia Lima. "A crise científica do direito na pós-modernidade". In: *Arquivos do Ministério da Justiça*, nº 50. Brasília: Ministério da Justiça, jan-jun/1998, p. 49.

²⁷ Marques, Cláudia Lima, op. cit., p. 52.

²⁸ Jayme, Erik. "Identité culturelle et integration: Le droit international privé postmoderne". In: *Recueil des Cours de L'Academie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 36 e ss.

Esse fato acaba por colocar um paradoxo. Observa-se, na verdade, um movimento em duas direções. De um lado a garantia da liberdade de expressão é condição de realização dos direitos humanos, pelo fato de que o direito-liberdade de expressão é um direito humano. Nesse sentido serve de garantia à efetividade de um dos mais significativos “direitos” ou aspirações pós-modernas, que é o de respeito à diferença. Nesse sentido, respeitar o diferente estará vinculado necessariamente a garantia indiscriminada do discurso público, do pluralismo democrático²⁹, o que juridicamente se titula pela liberdade de expressão.

De outro lado, assiste-se uma continua involução do indivíduo em direção de si mesmo e a proteção jurídica do privado em relação ao público. Partem do pressuposto da premência dos interesses do indivíduo, em razão da temporalidade da vida, que por vezes faz com os interesses individuais se choquem com o bem comum³⁰. Nesse aspecto, o direito à informação como variante da liberdade de expressão se coloca com um caráter de complementaridade em relação ao direito à intimidade³¹ e à honra.

Em relação à intimidade, a idéia do que se retira do discurso público – do âmbito comum, portanto, e se reserva ao privado. Esse se cerca de cautelas jurídicas diversas, tendo seu fundamento histórico no cristianismo e a noção de ato de bondade, em contraposição às noções de utilidade e excelência que presidia a avaliação dos atos humanos por gregos e romanos. A noção de ato de bondade, assim, é de que sua realização necessariamente se restringe do conhecimento ou divulgação ao público, uma vez que motivado pelo simples “*amor à bondade*”³². Desta origem se constrói a evolução do direito à intimidade até se determinar esta aspiração de reserva do íntimo como um direito subjetivo de personalidade do indivíduo, um direito de excluir do conhecimento de terceiros aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida privada³³. Ao mesmo tempo, a constatação de que a exposição pública das informações da intimidade, em regra, perde objetividade para converter-se na *trivialidade do mexerico, banalizando o público*³⁴.

²⁹ Assim Maria Cruz Llamazares Calazadilla, para quem a liberdade de expressão, a luz do direito espanhol, guarda fundamento em três instituições básicas do sistema jurídico, quais sejam, a dignidade da pessoa humana, a liberdade de consciência e o pluralismo político. Calazadilla, M^a Cruz Llamazares. Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático. Madrid: Civitas, 1999, p. 48-49.

³⁰ A constatação é de Hannah Arendt, citada por Lafer, Celso. A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Cia. das Letras, 2001, p. 237.

³¹ Lafer, op. cit., p. 239-240.

³² Lafer, op. cit., p. 263.

³³ Idem, p. 269.

³⁴ Ibidem, p. 269.

No mesmo sentido se observa o caráter da proteção do chamado direito à honra individual. Honra considerada como a própria projeção pública de determinados atributos inerentes ao indivíduo como socialmente dignos de apreço público. Direito à honra, como direito fundamental, o direito subjetivo oponível *erga omnes* de qualquer ser humano titular e ter reconhecido socialmente determinados atributos pessoais de caráter e personalidade³⁵. O que *a contrario sensu*, realiza o comando proibitivo que se indique ao titular do direito atributos que não possui, expondo-lhe ao escárnio ou vexame público.

O direito subjetivo à honra pessoal assim realiza-se em duas direções. De um lado a proibição *erga omnes* (*natureza negativa*) de referência pública de quaisquer atributos de caráter ou personalidade do titular do direito, que não encontre suporte na realidade. De outro, a liberdade de ser titular e ser reconhecido pela comunidade (*natureza positiva*), através da projeção pública da sua personalidade, como detentor de determinados atributos de caráter, dos quais é efetivamente possuidor.

É importante esclarecer que quando se busca relacionar as novas interações entre os direitos fundamentais de liberdade de expressão, intimidade e honra não são esses novidades pós-modernas. É notório o reconhecimento que o ser humano indica aos mesmos desde tempos imemoriais³⁶. O que de algum modo é inovador é o *status* atual desses direitos, como condição de realização do indivíduo e sua articulação com o social através do reconhecimento jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana como fundador da própria idéia de direito. E juridicamente derivados do princípio da dignidade humana, os direitos que ora referimos articulam-se atualmente, no plano dos direitos fundamentais, como direitos que necessitam ser coordenados, porque de igual *status* jurídico, faces de um mesmo anseio de realização da pessoa humana em todas as suas aspirações legítimas.

II – O direito de crítica pública

A articulação dos direitos oriundos da liberdade de expressão e o direito à honra e à intimidade apresentam questões sensíveis quando defrontados com aspectos práticos do seu exercício. De relativa simplicidade a definição teórica de cada um desses direitos e as funções que assumem no ordenamento jurídico. Mais do que isso, a identificação de sua utilidade na realização do conceito mais geral indicado pela dignidade da pessoa humana é facilmente exposta pela fórmula de proteção da pessoa contra o arbítrio do Estado ou dos outros indivíduos.

³⁵ Para Beigner, honra seria “a estima e a glória que recebemos de nossos semelhantes”. Beigner, Bernard. *L'honneur et le droit*. Paris: Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1995, p. 39.

³⁶ Por exemplo, uma imagem clássica da história, dos cavalheiros resolvendo os litígios originados pelo desrespeito a sua honra através do duelo de armas, é de lembrança relativamente recente.

Mais complexa, todavia, a coordenação desses direitos fundamentais distintos em questões da realidade que, via de regra, deságuam nos tribunais em busca de um provimento jurisdicional específico. Os limites do exercício da liberdade de expressão foram respeitados ou não, afetando o direito à intimidade ou à honra de determinado indivíduo? Em que aspecto verifica-se a ultrapassagem dos limites do exercício da liberdade e a causa de danos a um indivíduo? São os problemas concretos que atestam ou não a praticidade das soluções teóricas propostas pelos juristas em geral.

Evidentemente que não se propõe o presente estudo a identificar o sem número de correlações possíveis entre a liberdade de expressão e outros direitos. Concentra-se, ao contrário, de uma especialização desse direito-liberdade cujo exercício é o que suscita talvez uma maior dificuldade de precisão quanto a sua regularidade. Trata-se do que ora se denomina direito de crítica pública, como espécie de direito à livre manifestação do pensamento, previsto no art. 5º, inciso IV da Constituição Federal de 1988, cujo exame se realiza em duas partes: a) a definição do seu conteúdo e alcance; e b) os limites ao seu exercício.

A) Conteúdo e alcance do direito de crítica pública

A liberdade de expressão, como já se referiu *retro*, tem relação imediata com a liberdade de pensamento e vice-versa. Não há livre pensar, sem livre expressar, pois sem esta se retira do indivíduo que pensa a possibilidade de conferir o acerto do seu pensamento. Logo, priva-se dele a própria liberdade de pensar, na medida que impossível verificar-se a correção do pensamento, logo sua validade substancial³⁷.

O direito à informação tem seu caráter acentuado juridicamente a partir da Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948. Em seu art. 19, consagra a Declaração: “*Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão; esse direito inclui o de não ser molestado em razão de suas opiniões, o de investigar e receber informação e opiniões e difundi-las, sem limitação de fronteiras, por qualquer meio de expressão*”.

Fundamento da liberdade de expressão e sua previsão constitucional contemporânea, nos arts. 5º, incisos IV e IX e art. 220 da Constituição Federal de 1988, tem finalidades bem determinadas, das quais salientam-se duas: a) de realização do indivíduo livre para expressar seu pensamento e perceber o dos demais; b) controle e participação do poder político, institucionalizado ou não.

³⁷ Trata-se de um conceito kantiano, conforme demonstrado por Jorge Miranda, Manual..., op. cit., p. 399 (vide-se nota 4, retro). No mesmo sentido, Pinto Ferreira, para quem “a liberdade humana não se concretizaria na prática se não fosse dado ao homem o direito de liberdade de expressão. Essa liberdade abrange os direitos de manifestação da opinião, de discurso e de imprensa”. Ferreira, Pinto. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 122.

Em atenção a estas finalidades precípuas, duas as faculdades principais de intervenção no discurso público que se identificam contempladas pela liberdade de expressão. Primeiro, o direito de acesso e difusão da informação (faculdades de receber, investigar e difundir a informação³⁸). Nesse caso, o conteúdo do direito está vinculado ao significado que se atribui ao termo *informação*. Podemos identificar dois significados para o termo *informação*.

Na doutrina tradicional, o termo *informação* está vinculado à idéia de verdade. Informar é divulgar uma verdade³⁹. Nesse sentido, a liberdade de informar estaria vinculada à faculdade de investigar, receber ou difundir algo que guarde relação com a realidade dos fatos.

É certo de que a discussão do que seja verdade é algo cujas dificuldades extravasam aos limites desse trabalho. Hannah Arendt investigando as relações entre a verdade e a política, busca relativizar o próprio valor que indicamos a primeira. Em política, a mentira pode ser de utilidade, segundo demonstra, para por exemplo, evitar o recurso de meios violentos⁴⁰.

Contudo, a idéia de verdade baseada em fatos difere substancialmente de um conceito de verdade filosófica ou científica, por exemplo. Enquanto esta obtém, em regra, o filósofo em seu isolamento, e partir de critérios próprios de transcendência. Já no que diz sobre a verdade baseada em fatos, Hannah Arendt identifica-a como necessariamente relacionada a outras pessoas. Diz respeito a eventos a um contexto próprio em que muitos estão envolvidos, devendo o que se compreende por verdade ser estabelecido por testemunhas e dependente de comprovação. Sua existência, pois, ocorre somente em razão do que se fala dela⁴¹.

Nesse sentido, fatos e opiniões se colocam num mesmo plano, de modo que a verdade sobre fatos será baseada em relatos, e esses serão manifestados conforme as paixões e sensações do seu autor. Daí porque é possível crer que o conceito de verdade, na prática, conjuga-se de modo muito íntimo ao conceito de versão, qual seja o de narração sobre um determinado fato pretérito, ou de condições e possibilidades de um fato futuro⁴². Nesse sentido, a verdade baseada em fatos é de natureza coerciva, à medida que percebida por todos. Segundo Hannah Arendt, além de acordo, disputa ou consentimento⁴³.

³⁸ Assim, De la Serna, Luis Escobar, Derecho..., op. cit., p. 55.

³⁹ Nesse sentido Pilar Cousido, Derecho de la información (I). Madrid: Colex, 1992, p. 116-117. Apud: Castanho de Carvalho, Luis Gustavo Grandinetti. Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 61.

⁴⁰ Arendt, Hannah. "Verdade e política", in: Entre o passado e o futuro., op. cit., p. 284.

⁴¹ Arendt, Hannah, p. 295.

⁴² A necessária constatação agora, de que ao narrar, o fazemos necessariamente em relação a um evento passado ou futuro, pela óbvia condição de sujeito estranho ao objeto do evento.

⁴³ Arendt, Hannah, p. 297.

Contudo, não se retira do termo informação um caráter convencional, qual seja de adequação da versão ao fato pretérito ou futuro. E nesse caso não se pode retirar o conteúdo arbitrário desta aferição.

A liberdade de informar, assim, estará vinculada à verdade baseada em fatos, e esta, por evidente, subordinada a uma relação de adequação, entre o conteúdo do relato indicado verdadeiro e o seu objeto. Hannah Arendt vai referir que a marca distintiva da verdade baseada em fatos consiste que o seu contrário não é o erro, a ilusão ou a opinião, mas a mentira, a falsidade deliberada⁴⁴.

De qualquer modo, temos que a liberdade de informação que se reconhece no direito de receber, acessar e difundir informações, tem o limite do exercício destas faculdades jurídicas aferidas por uma relação de adequação entre a o conteúdo da informação e o evento a que ela se refere. Esta relação, de sua vez, deverá distinguir elementos essenciais e acessórios do conteúdo do relato, de modo eventualmente aferir *in concreto*, na hipótese de colisão do exercício da liberdade de informar com o direito à intimidade ou à honra, sobre o caráter escusável ou não ou não da falta ou acréscimo, deliberado ou negligente, de uma determinada informação⁴⁵.

A segunda faculdade de intervenção no discurso público trata-se do que se identifica por liberdade de manifestação de pensamento *stricto sensu* (em sentido lato estaria a abranger a própria liberdade de expressão, como afirmamos antes). Trata-se da faculdade jurídica de que são titulares todas as pessoas, de formularem juízos sobre fatos e fazê-los conhecer pelo público. Nesse sentido, não se submetem, *a priori*, à necessidade de adequação com a verdade baseada em fatos, como no caso da liberdade de informação. É a forma de expressão, por excelência, das criações do espírito humano cuja vinculação com a realidade fática irá variar conforme o âmbito de projeção desta liberdade.

Uma espécie desta, cujos vínculos com a realidade fática são diminutos, é a liberdade de criação artística. Nenhum padrão ou paradigma de correção em relação à própria arte se poderá exigir do artista, pelo simples fato de que a obra artística, em essência se apresenta como manifestação da sensibilidade humana para o belo, cuja percepção é variável conforme o sujeito que percebe.

⁴⁴ Hannah Arendt, op. cit., p. 308.

Segundo indica a autora, o mentiroso é um homem de ação, dificilmente havendo uma figura política mais passível de suspeição justificada do que o contador da verdade profissional que descobriu alguma feliz coincidência entre a verdade e o interesse (p. 309).

⁴⁵ Dentre as diversas técnicas judiciais de aferição da regularidade ou não do exercício de liberdade de informação, salientam-se a actual malice doctrine, da jurisprudência norte-americana, que buscando conferir maior extensão à liberdade de expressão prevista na Primeira Emenda à Constituição, reconhece a inescusabilidade da falha apenas quando da intenção deliberada do titular do direito em fazê-lo. Assim em Lewis, Anthony, *Make no law*, op. cit., p. 42.

Assim também a liberdade científica cujos padrões de correção são endógenos à própria ciência, sendo a eventual aceitação ou refutação da obra científica determinada *a posteriori*, pelas regras da ciência a que se destina, restando a liberdade de criar a obra científica intocada.

Submete-se a liberdade de manifestação do pensamento *stricto sensu*, em essência, apenas ao princípio da dignidade da pessoa humana que lhe serve ao mesmo tempo de razão e de limite a sua existência. O ser humano, nesse sentido é livre para criar obras científicas, mas não para exercê-la de modo a dispor indistintamente da vida de seres humanos. Ao mesmo tempo, a liberdade artística e de iniciativa comercial facultam a promoção publicitária de produtos e serviços, desde que não estas não ofendam a comunidade⁴⁶. As eventuais limitações que se apresentam a quaisquer destas liberdades encontram seu fundamento, portanto, na proteção da dignidade da pessoa humana, seja tomada individualmente, seja nos seu significado cultural mais amplo⁴⁷.

Esse direito subjetivo de livre manifestação do pensamento *stricto sensu*, ao mesmo tempo em que autoriza a projeção pública do pensamento, expõe a conseqüente exposição daquele que intervêm no discurso público à crítica dos demais indivíduos que tomam conhecimento desta intervenção.

O próprio conhecimento, já se observou, não se dissocia da exposição dialética de argumentos e contra-argumentos publicamente. Nesse sentido, observa-se como co-respectivo ao direito de projeção pública pelas diversas modalidades de expressão (os diversos modos de exercício da liberdade de expressão), o direito de crítica pública a esta intervenção. Esse direito subjetivo público, nuclear do princípio fundamental de garantia do pluralismo político constante do preâmbulo e do art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, é instrumental do próprio regime democrático conforme é comum observar nas mais distintas formas de defesa da liberdade de expressão⁴⁸.

⁴⁶ A figura da publicidade abusiva, nas normas de proteção do consumidor. No Brasil, art. 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90). A respeito, veja-se por todos: Benjamin, Antônio Herman de Vasconcelos. Código Brasileiro e Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. São Paulo: Forense Universitária, 1999, p. 296 e ss.

⁴⁷ Aproveitamos o conceito de Ingo Wolfgang Sarlet qual seja o de dignidade da pessoa humana como “a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. Sarlet, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 60.

⁴⁸ A título de exemplo, a Carta de Princípios da Inter American Press Association, em que se consagra que “sem liberdade de imprensa não há democracia”. Assim em: Torres, José Henrique Rodrigues..., “A censura à imprensa...”, op. cit., p. 26.

O direito de crítica pública se pode caracterizar então como o *direito subjetivo público de formação e expressão de juízos críticos sobre pessoas, idéias, ações ou omissões cujas circunstâncias em que se apresentem permitam inferir sobre o caráter público ou evidência social das mesmas*. E não se resume àqueles cuja projeção se dá pela mera intervenção espontânea e episódica no discurso público, como a toda e qualquer pessoa ou grupo cujo destaque eventual ou permanente lhe determine um grau de evidência.

O direito de crítica, por si, é garantido legalmente como espécie de causa justificadora do exercício da liberdade de manifestação do pensamento, expressamente prevista no art. 27 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) que prevê em seu caput: “*Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e da informação*”⁴⁹.

A) Exercício do direito de crítica: limites e consequência de sua violação

Alguns autores optam por adjetivar qual deva ser o conteúdo dos juízos críticos objeto do exercício do direito de crítica. Serrano Neves, por exemplo, indica que a crítica é apreciação construtiva, reparadora, analítica, corregedora, não a fazendo quem tem o mero prazer de contestar⁵⁰. Não parece o direito de crítica submeter-se a limitações *a priori*, como se entende da fixação de qualificações ao seu exercício. Ao contrário, é conteúdo lógico indissociável do direito de crítica pública, que eventual irregularidade do seu exercício só possa ser aferida posteriormente a sua realização, sob pena de censura ao pensamento e conseqüente violação do direito a pretexto de limitá-lo. Uma crítica política, por exemplo, poderá não ter qualquer objetivo senão o de desqualificar um determinado projeto político ou alguma proposta em específico. Não iria se tratar, na hipótese, de crítica parcial, mas de absoluta negação do valor da opinião adversária.

⁴⁹ “Art. 27. Não constituem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação: I - a opinião desfavorável da crítica, literária, artística, científica ou desportiva, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar; II - a reprodução, integral ou resumida, desde que não constitua matéria reservada ou sigilosa, de relatórios, pareceres, decisões ou atos proferidos pelos órgãos competentes das Casas legislativas; III - noticiar ou comentar, resumida ou amplamente, projetos e atos do Poder Legislativo, bem como debates e críticas a seu respeito; IV - a reprodução integral, parcial ou abreviada, a notícia, crônica ou resenha dos debates escritos ou orais, perante juízes e tribunais, bem como a divulgação de despachos e sentenças e de tudo quanto for ordenado ou comunicado por autoridades judiciais; V - a divulgação de articulados, quotas ou alegações produzidas em juízo pelas partes ou seus procuradores; VI - a divulgação, a discussão e a crítica de atos e decisões do Poder Executivo e seus agentes, desde que não se trate de matéria de natureza reservada ou sigilosa; VII - a crítica às leis e a demonstração de sua inconveniência ou inoportunidade; VIII - a crítica inspirada pelo interesse público; IX - a exposição de doutrina ou idéia. Parágrafo único. Nos casos dos incisos II a VI desse artigo, a reprodução ou noticiário que contenha injúria, calúnia ou difamação deixará de constituir abuso no exercício da liberdade de informação, se forem fiéis e feitas de modo que não demonstrem má-fé”.

⁵⁰ Serrano Neves, Francisco de Assis. Direito de imprensa. São Paulo: José Bushatsky Editora, 1977, p. 368-369.

Ao mesmo tempo, é intuitivo que o direito de crítica pública, embora seja faculdade jurídica cujo mérito reside proteção da racionalidade humana *in abstracto*, não está imune a limites de qualquer ordem. Pelo contrário, ao caracterizar seu exercício pela emissão de juízos críticos sobre um determinado objeto, a integridade desse objeto deverá ser preservada naquilo que não diz com o objeto da crítica ou dos limites jurídicos que se impõe para sua proteção contra a agressão ilegítima. Em uma fórmula simples, o titular do direito de crítica não poderá exercê-lo de modo a negar validade a uma idéia de um indivíduo, utilizando como argumento determinada condição pessoal desse, que nenhuma relação observa com a idéia impugnada.

De outro modo, o exercício do direito de crítica pública pode se observar relativamente a uma idéia, ação ou omissão de titularidade difusa ou indefinida, e, contudo, ao impugná-la ou apoiá-la, o titular do direito acaba por ofender um determinado bem jurídico como, por exemplo, se observa da crítica genérica a um determinado grupo racial ou a valores socialmente assentes como corretos, cuja projeção pública de um juízo crítico contrário caracteriza uma agressão. É o exemplo da atribuição séria de determinada característica negativa à pessoa relacionando ou fundamentando esta em razão da opção sexual ou partidária da mesma. Não se observa relação lógica entre o conteúdo do juízo crítico e a característica apresentada como fundamento para ele, nem tampouco a ordem jurídica admite a utilização de argumentos relativos a discriminações específicas⁵¹, em face do seu caráter ofensivo à dignidade da pessoa humana.

Os limites ao exercício do direito de crítica pública, assim, podem então ser divididos em dois grupos. De um lado, *limites absolutos*, de caráter geral, cujo fundamento se encontra na proteção da ordem pública com o significado contemporâneo que lhe indica a dignidade da pessoa humana. De outro, o que é identifica-se como *limites relativos*, indicativo de que se refere a limites específicos ao conteúdo da relação jurídica originada do exercício do direito de crítica pública.

1. Limites absolutos

Os limites absolutos ao exercício do direito de crítica pública são estranhos ao titular do direito, mas guardam o mesmo fundamento deste. Seu caráter absoluto deriva da característica fundamental da ordem jurídica e se apresenta vinculado, em distintos graus, ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido são limites revestidos do caráter de ordem pública, não podendo ser afastados inclusive pelo indivíduo

⁵¹ Art. 3o, inciso IV da Constituição Federal de 1988.

imediatamente afetado pelo conteúdo da crítica⁵². São limites absolutos ao exercício do direito de crítica pública: 1.1) o princípio da não-discriminação; 1.2. o respeito ao Estado Democrático de Direito; 1.3. a promoção da paz social; 1.4. a integridade moral da pessoa.

1.1 O princípio da não discriminação.

A Constituição Federal institui como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, em seu art. 3º, inciso IV “a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” e em seu art. 5º, *caput*, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”, vedando o art. 5º distinção de credo religioso (inciso VIII), trabalho (inciso XIII), e política, esta última em distintos momentos, como por exemplo o que determina a igualdade de participação política (“voto igual para todos”, do art. 14) . Consagra assim o princípio da não-discriminação, na medida que não reconhece a legitimidade do estabelecimento de diferenças entre os seres humanos manifestadas em razão de características específicas do indivíduo, e estabelecendo a competência legal para punição de eventual discriminação (art. 5º, inciso XLI). O direito de crítica pública, nesse sentir, não pode ser exercido de modo a expressar discriminação que a Constituição expressamente proíbe. Ao mesmo tempo, nota-se que a disposição constitucional abre a possibilidade do reconhecimento da proteção de outras espécies de discriminação não explicitadas no art. 3º. Nesse caso, a discriminação impugnada deverá sê-lo em razão da mesma essência das mencionadas em caráter exemplificativo no art. 3º⁵³, dizendo com o reconhecimento da dignidade humana como proteção da pessoa⁵⁴.

1.2. O respeito ao Estado Democrático de Direito.

Outro limite duro ao exercício da crítica pública é o respeito ao Estado de Direito e aos valores democráticos. O fundamento lógico desta limitação é facilmente percebido, através da simples relação de causa e efeito. O direito de crítica pública é observado como especialização da liberdade de expressão. Nesse aspecto, sendo a liberdade de expressão garantida pela instituição de um Estado Democrático de Direito, não é admissível que o

⁵² Há um caso bastante conhecido, de uma liderança política que tendo sido desafiada por um militante adversário, insultou-o relativamente a sua raça e orientação partidária. Dias depois, o militante ofendido reconcilia-se com o ofensor, que inclusive dirige palavras de respeito e consideração sobre o ex-adversário. Por si só, a reconciliação da vítima imediata com o ofensor não logrou impugnar a responsabilidade do ofensor. A ofensa racista, nesse caso, embora realizada imediatamente a vítimas determinadas atinge a totalidade difusa dos indivíduos daquela mesma raça e, em última instância, a valores pertencentes a toda a humanidade, como o sentimento de igualdade de todos os seres humanos, independente de sua origem étnica.

⁵³ Segundo José Afonso da Silva, “a Constituição assim o faz porque essas razões preconceituosas são as que mais comumente se tomam como fundamento do discrimine.” Silva, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo, op. cit., p. 226.

⁵⁴ A respeito, veja-se: Bandeira de Mello, Celso Antônio. O conteúdo jurídico do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 24.

seu exercício atente contra o próprio. Logicamente não deve a ordem jurídica de um Estado que garante a liberdade de expressão, e conseqüentemente o direito de crítica pública, reconhecer o exercício desta em prejuízo do próprio Estado e, em última análise do próprio direito de crítica, afetado pelo exercício que combate à manutenção do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, é imperioso reconhecer que o respeito ao Estado Democrático de Direito, fundamento institucional da garantia de liberdade de expressão como limite do exercício do direito de crítica pública, não se confunde com quaisquer limites aos agentes públicos, titulares do poder político. A crítica ao chefe, ou a membros do poder político, jamais se caracteriza como crítica à instituição estatal. Ao contrário, por vezes estará inspirada na própria preservação de valores do Estado Democrático de Direito que estejam sendo desconsiderados pelo próprio agente público⁵⁵.

Implícito também, no que diz com a preservação do Estado Democrático de Direito, a limitação do exercício de crítica pública que diga com a promoção do descumprimento da lei. Afora em circunstâncias excepcionais, em que a defesa do cumprimento de uma disposição legal possa significar ofensa aos princípios superiores que afirmam os próprios fins do Estado Democrático de Direito e o princípio da dignidade da pessoa humana (o que em regra legitimaria o exercício do direito à desobediência civil), a crítica da lei não pode conter comando ou sugestão para o seu não cumprimento. Tal manifestação, por si, caracterizaria a ofensa ao Estado Democrático de Direito, uma vez tendo sido a lei produzida de acordo com o procedimento legislativo previsto regularmente. Não se confunde direito de crítica à lei, de resto reconhecido pelo art. 17, III, da Lei nº 5.250/67, com a promoção do descumprimento da lei, esse recusado, salvo circunstâncias excepcionais já mencionadas, pelo respeito ao Estado Democrático de Direito.

1.3. A promoção da paz social.

O terceiro limite absoluto ao exercício do direito de crítica pública é o que se optou por denominar de promoção da paz social. A Constituição Federal de 1988 em seu preâmbulo

⁵⁵ Daí por exemplo a própria identificação de uma função social da imprensa, como instrumento de controle do poder político-administrativo e uma proteção contra o excesso de poder. Assim em José Afonso da Silva, op. cit., p. 250. Nesse sentido: Ap. Civ. 70000486878. 3o Grupo Cível. TJRS. Rel. Des. Clarindo Favretto. Julgado em 17.11.2000. "Responsabilidade civil da empresa jornalística. Abuso do exercício da liberdade de manifestação do pensamento não demonstrado. Artigo com conotação informativa e crítica, noticiando atos de improbidade realizados por agente político, movido por interesse eminentemente público. Art. 27, VII, exclui, expressamente, a imputação de abuso no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, quando a crítica ou informação for inspirada pelo interesse público. Embargos acolhidos." Ainda: Ap. Cível 70000617340. 6a Câmara Cível. Rel. Des. Antônio Palmeiro da Fontoura. "Responsabilidade civil. Funcionário público. Liberdade de imprensa. Dano moral não caracterizado. Agravo retido. Preliminar de deserção do apelo. Não constitui abuso no exercício de liberdade de manifestação do pensamento, criticar os agentes ou servidores públicos, ou equiparados. Inteligência do art. 27, VI, da Lei de imprensa. Preliminar rejeitada. Apelo improvido. Agravo retido prejudicado em virtude do improvido da apelação".

refere a harmonia social como fundamento do Estado brasileiro. Do mesmo modo, em seu art. 5º, caput, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. E no mesmo art. 5º, inciso III, consagra que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

A opção evidenciada pelas diversas garantias determinadas ao longo do texto constitucional é pela não-violência, que, aliás, pontua o próprio sentido da existência do Estado e do atributo da segurança jurídica.

O direito de crítica pública, nesse sentir, não pode ser exercido de modo a incitar a violência, em contradição ao garantido pela Constituição. Note-se que a violência que ora se refere é a violência dos particulares, o exercício arbitrário das próprias razões. Não se confunde com a projeção pública, por exemplo, de propostas de atuação do poder de coerção do Estado. Assim, ultrapassa os limites de exercício do direito de crítica, aquele que defende publicamente um linchamento, por exemplo. Ao passo que não o faz aquele que defende um maior rigor na atuação do órgão policial no desempenho de suas atribuições regulares.

A promoção da paz social é limite ao exercício do direito de crítica pública na proporção em que esse se dê a incentivar a substituição do Estado, detentor do monopólio da violência, por iniciativas particulares não autorizadas e que por isso, atentam contra o respeito ao poder estatal.

1.4. A integridade moral da pessoa.

Esse é talvez o limite ao exercício do direito de crítica pública de maior destaque prático na jurisprudência brasileira contemporânea. Trata-se de limitação do exercício do direito de crítica pública em favor da integridade moral da pessoa, reconhecidos juridicamente através dos direitos à honra e à intimidade e vida privada.

Submete-se à crítica pública o que se expõe no espaço público. A regra, assim, subsiste para indicar que aquilo que não se dispõe publicamente, características pessoais que se recobrem sob o manto da intimidade, ou comportamentais do sujeito, que não se expõe ao exame do público, não se submetem, pois, ao exercício de crítica pública. Ao mesmo tempo, a honra pessoal não cede ao exercício da crítica pública⁵⁶.

⁵⁶ Ap. Cível 70001201532. 10ª Câmara Cível. TJRS. Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima. Julgado em 30.11.2000. "Responsabilidade civil. Crítica a ato judicial que atingiu a pessoa do magistrado. Liberdade de informação. Direito à honra e à imagem. A liberdade de imprensa encontra limites no próprio texto constitucional, que também resguarda, em cláusulas pétreas, os direitos individuais. A crítica a ato judicial, por outro lado, não pode atingir indevidamente a pessoa do magistrado, deliberando segundo sua consciência jurídica e livre convencimento, sendo-lhe vedado submeter-se a qualquer outra influência, como eventual repercussão junto à mídia ou opinião pública, razão, aliás, da forma da sua investidura e das suas garantias que lhe são atribuídas pela sociedade através do poder constituinte originário. Dolo eventual. Assumir o risco equivale a querer. Lei de imprensa. Tarifação. Inaplicabilidade. Indenização. Valor. Critérios. Improcedência em relação à coré que vai mantida. Apelação do autor parcialmente provida, improvedo-se a da ré".

Intuitivo que, embora dotado de um alto nível de subjetividade, inerente a dimensão estritamente individual da moral, a honra pessoal, como limite à crítica pública não se pode vislumbrar como qualquer dissabor ou contrariedade causado pelo exercício do direito de crítica. Sobretudo porque, a rigor, conterà juízos negativos sobre aspectos do objeto da análise. Não há, pois, se falar em afetação moral pela mera discordância de opiniões expostas no espaço público, assim como não se poderá traduzir em ofensa pessoal um juízo crítico em relação a comportamentos individuais que se projetem na esfera pública⁵⁷. E isto pela simples razão de que a atuação pública, por si, submete o indivíduo à crítica pública. O exemplo cabal, nesse sentido, é o do sujeito que exercendo direitos de participação política – seja ocupando funções públicas, seja intervindo no debate público sobre uma determinada questão – submete-se ao exercício do direito de crítica pública por qualquer dos membros da comunidade.

O exame *in concreto* desse limite absoluto do exercício do direito de crítica pública deve se estabelecer sob dois ângulos. De um lado, a consideração do próprio conceito de honra pessoal antes mencionado, que expressa a prerrogativa do sujeito, de ter projetado, publicamente, qualidades pessoais de caráter que efetivamente possui. Se o conteúdo da crítica é a negação de uma qualidade pessoal alegada como possuída, o exame do regular exercício do direito se restringe à identificação ou não da posse desta qualidade e, de outro lado, do caráter do qual esta se reveste, se público ou privado. Ou seja, se estará ou não sob o manto da intimidade ou da vida privada do indivíduo.

2. Limites relativos.

Os limites relativos são limites que dizem com a relação que se produz pelo exercício do direito de crítica pública. Pontuam critérios a serem observados pelo exercício desse direito de crítica, identificados na relação entre a crítica e o seu objeto, de modo a garantir,

⁵⁷ INQO 503/RJ. STF. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJU 26.03.93. "1. Ação penal originária: Re-ratificação da denúncia: caso de admissibilidade e de admitir-se a re-ratificação da denúncia no processo da ação penal da competência originária, que se faz antes da decisão plenária sobre o seu recebimento e apenas para corrigir erro material na transcrição de uma das frases tidas por ofensivas e imputadas ao denunciado. 2. Imunidade parlamentar material: não incidência. Ainda quando se admita, em casos excepcionais que o congressista, embora licenciado, continue projetado pela imunidade material contra a incriminação de declarações relativas ao exercício do mandato, a garantia não exclui a criminalidade de ofensas a terceiro, em atos de propaganda eleitoral fora do exercício da função e sem conexão com ela (Cf. INQ 390, 27.9.89, Pertence RTJ 129/970). 3. Crime contra a honra e discussão político-eleitoral: limites da tolerância. As discussões políticas particularmente as que se travam no calor das campanhas eleitorais renhidas, são inseparáveis da necessidade de emissão de juízos necessariamente subjetivos sobre qualidades e defeitos dos homens públicos nelas diretamente envolvidos, impondo critério de especial tolerância na sua valoração penal, de modo a não tolher a liberdade de crítica que os deve proteger, mas a tolerância há de ser menor, quando ainda que situado no campo da vida pública ou da vida privada de relevância pública do militante político. O libel do adversário ultrapassa a linha dos juízos desprimorosos para a imputação de fatos mais ou menos concretos, sobretudo, se invadem ou tangenciam a esfera da criminalidade. Conseqüente viabilidade da denúncia no caso concreto. Que se recebe".

de um lado, a dignidade da pessoa humana do sujeito cuja atuação própria ou produto dela, estejam sob crítica e de outro o direito à informação verdadeira.

São dois os limites relativos ao exercício do direito de crítica: 2.1. Veracidade fática; 2.2. relação de pertinência fática da crítica.

2.1. Veracidade fática.

Já se discorreu, quando se tratou da liberdade de informação, das dificuldades de precisão do que seja *verdade baseada em fatos*. Em grande medida, afirma Hannah Arendt que a determinação da verdade baseada em fatos e a liberdade de opinião se identificam⁵⁸. Nesse sentido as dificuldades da determinação da verdade baseada em fatos devem ser consideradas na determinação desse limite relativo.

A veracidade fática como limite ao exercício do direito de crítica deve ser observada nesses limites inerentes a sua própria determinação. Nesse sentido o que se constitui limite não é a correção ou incorreção da crítica, a qual por essência não se submete a um controle jurídico de correção ou incorreção⁵⁹. De se considerar, pois, que o direito de crítica pública engloba, inclusive, o direito de fazer uma crítica errada ou equivocada, não havendo se falar por isso em exercício irregular do direito.

O limite da veracidade fática, nesse aspecto, deve ser observado de modo estrito, na relação entre o conteúdo da crítica e seu objeto, como necessidade de adequação das premissas à conclusão. Se a crítica se refere a um *ato x*, é preciso que esse *ato x* tenha existência⁶⁰. Em tal não ocorrendo, a crítica é infundada, e o exercício do direito irregular. Contudo, não é qualquer erro quanto aos fatos que acaba por caracterizar o limite ao direito de crítica. Afinal, em se tratando do âmbito de maior liberdade da

⁵⁸ Hannah Arendt. "Verdade e política". In: Entre o passado..., op. cit., p. 285.

⁵⁹ HC 16982/RJ. STJ. Rel. Min. Félix Fischer. DJU 29.10.91, p. 229. "Penal e Processual Penal. Habeas corpus. Crime de imprensa. Crítica e ofensa. Liberdade de imprensa. Ausência de justa causa (Art. 648, inciso I, do CPP). I – Observações críticas, ainda que irritantes, nos limites da divulgação da situação fática, não configuram, de per si, crime de imprensa (art. 27, inciso VIII da Lei de Imprensa). II – Não se pode alçar à condição de ilícito penal aquilo que somente é desejado pela especial susceptibilidade da pessoa atingida e nem se deve confundir ofensa à honra, que exige dolo e propósito de ofender, com crítica jornalística objetiva, limitada ao *animus criticandi* ou ao *animus narrandi*, tudo isto, sob pena de cercear-se a indispensável atividade da imprensa. III – "A relação entre lei e liberdade é, obviamente, muito estreita, uma vez que a lei pode ou ser usada como instrumento de tirania, como ocorreu com frequência em muitas épocas e sociedades, ou ser empregada como um meio de pôr em vigor aquelas liberdades básicas que, numa sociedade democrática, são consideradas parte essencial de uma vida adequada." (DENNIS LLOYD). *Writ concedido, trancando-se a ação penal*".

⁶⁰ O que é reconhecido juridicamente pelo direito à informação verdadeira, da qual refere Castanho de Carvalho, Luis Gustavo G. Liberdade de informação..., op. cit., p. 56.

vontade humana, no caso do discurso público apenas o erro caracterizado como falsidade deliberada é que poderá ser indicado como irregularidade do exercício do direito⁶¹.

No mesmo sentido, se o exercício do direito de crítica pública envolve o cometimento de um ato criminoso, necessariamente a ocorrência do crime e a determinação da sua responsabilidade devem estar comprovadas, sob pena de violação à presunção de inocência com sede constitucional (art. 5º, inciso LVII)⁶². Nesse caso, o direito à informação suporta distinta articulação desse limite, mais flexível, porquanto relativo ao exercício da liberdade de informar o público sobre a ocorrência de um evento a ser noticiado (dado objetivo), e as pessoas envolvidas nele (dado subjetivo) sobre o que recai a reserva da presunção da inocência. Portanto sua consideração, no máximo, poderá se dar como hipótese.

O exercício do direito de crítica pública, nesse prisma, só pode se dar em relação a fatos verdadeiros (verdade baseada em fatos). Ou ainda hipóteses de fato, cuja conclusão não seja demonstrada como definitiva, caracterizando o caráter precário das afirmações não comprovadas e as conclusões que delas advêm.

2.2. Relação de pertinência fática da crítica.

O segundo limite relativo, a ser examinado a partir da relação do conteúdo da crítica e o objeto sob exame. É a relação de pertinência fática entre o exercício do direito de crítica pública e a atuação humana criticada. Nesse sentido, lembre-se da relação lógica necessária entre premissa menor e premissa maior, entre a realidade fática que sustenta a afirmação e o juízo crítico que se realiza em face à realidade. Assim, inadequação da crítica apenas se poderá exigir, se esta se apoiar em fatos não verdadeiros.

⁶¹ Assim: Inq. 132/SP. STF, Rel. Min. Néri da Silveira. DJU 28.09.01, p. 38. "*Inquérito. Queixa. 2. Vereador querelado. Emenda Constitucional nº 1/1969. 3. Alegação de difamação e injúria. 4. Discursos proferidos no recinto da Câmara de Vereadores, tecendo críticas quanto a atos administrativos do Governo municipal. 5. Defesa do querelado alegando não ter havido intenção de ofender o querelante, mas, apenas, criticar, no exercício do mandato de vereador, atos da Administração, que o querelado considerava errados e inconvenientes aos interesses do povo. 6. Exame da prova que leva a não se ter como caracterizada a intenção de difamar ou injuriar. 7. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, quanto ao delito de injúria. 8. Rejeição da queixa, relativamente ao crime de difamação*".

⁶² Assim, Ap. Civ. 70000860312. 9a Câmara Cível. TJRS. Rel. Des. Mara Larsen Checi. "Responsabilidade Civil. Órgão de imprensa. Publicação de fato-crime não verdadeiro. Dano moral configurado. A violação à direito de personalidade, causada por abuso no exercício da liberdade de expressão e informação, através da divulgação da prática de fato criminoso, sem correspondência com a verdade, gera o dever de reparar o dano moral correspondente. Inteligência do art. 49 da Lei nº 5.250/67. Indenização. Imprensa. Arbitramento. Critérios. A Carta Magna de 1988 veio suplantá-lo, através do seu art. 5º, inc. X, as barreiras tarifárias estabelecidas na chamada lei de imprensa, restando confiada ao prudente arbítrio do juiz a estimativa do valor da reparação. Sentença reformada em parte".

Contudo, tal qual referiu-se quanto ao limite da veracidade fática, não há se falar em falsidade em razão de mera divergência de interpretação da realidade. Do que se trata nesse caso, é de crítica fundada em falsidade deliberada ou culposa do crítico, o que se deverá apurar no caso concreto. A culpa, de sua vez, prevalece através da caracterização da falta aos cuidados de prudência, diligência e os conhecimentos técnicos, se exigíveis (como no caso do profissional jornalista) de quem produz a informação⁶³.

O mero exercício do direito de crítica, nesse sentir, não se coloca, em nenhum momento sob o crivo de correção ou não, o que seria restrição inadmissível – como já dissemos – ao exercício do direito de crítica pública.

Esta relação de pertinência fática, do mesmo modo, determina que o conteúdo da crítica não supere o seu objeto concreto, qual seja, uma atuação humana material avançando, por exemplo, para ofensas pessoais ou fatos que não tenha relação com o objeto imediato do juízo formulado.

Considerações finais

Assim, o direito de crítica pública é um direito subjetivo público, especialização da liberdade de expressão constitucionalmente prevista, cujo conteúdo diz respeito à livre manifestação do pensamento através da produção intelectual de juízos críticos da realidade.

Não se submete a limites estritos como o exercício da liberdade de informação. Nesse sentido, não está inadvertidamente sob o crivo de correção da verdade baseada em fatos a que se submete a informação. Como expressão da liberdade criativa e racional do ser humano, o direito de crítica pública tem seus limites inspirados no fundamento do próprio regime de liberdades e seu princípio conformador, da dignidade da pessoa humana (*limites absolutos*). E também em relação de adequação do exercício do direito de crítica e a realidade fática submetida a esta (*limites relativos*).

⁶³ Nesse sentido: Ap. Civ. 70000631119. 5a Câmara Cível. TJRS. Rel. Des. Clarindo Favretto. "Responsabilidade civil da empresa jornalística. Abuso no exercício da liberdade de manifestação de pensamento não demonstrado. Artigo com conotação informativa e crítica, denunciando falta de decoro parlamentar, movido por interesse eminentemente público. Art. 27, VII, Lei 5250/67 – Lei de imprensa. A lei nº 5250, ex vi do seu artigo 27, VII, exclui, expressamente, a imputação de abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e de informação, quando a crítica ou informação for inspirada pelo interesse público. Sentença confirmada".

Quanto aos limites relativos, observe-se, não estão dispostos como relação de correção ou adequação do conteúdo da crítica, senão do seu pressuposto fático, estabelecendo estrita proteção contra a falsidade deliberada ou culposa. É culpa, nesse sentido, como a falta e um dever pré-determinado, que não pode ser formulado a *posteriori*, já havendo o conhecimento do conteúdo da crítica e de eventual discordância quanto ao mérito da mesma.

Como manifestação da liberdade de expressão e do significado que esta encerra, o direito de crítica pública não se submete ao exame de mérito sobre o conteúdo do seu exercício – o que de resto é inexigível sob pena do próprio sacrifício do direito. Assim, a análise da regularidade do seu exercício deverá ser obtida a partir dos elementos caracterizados como seus limites *absolutos* ou *relativos*, jamais em relação à concordância ou divergência do resultado material do juízo crítico formulado.

O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais

C. A. Alvaro de Oliveira
Professor Titular da Faculdade de Direito da UFRGS
Desembargador do Tribunal de Justiça do RGSUL

1. A dimensão conquistada pelo direito constitucional em relação a todos ramos do direito e na própria hermenêutica jurídica (v.g., “a interpretação conforme à Constituição”) mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao processo.

Já no século XVII apreendera-se que o exercício da jurisdição constitui faceta importante do exercício do poder. Daí a apropriação do *ordo iudiciarius* pelo Príncipe, de que é exemplo emblemático o chamado Code Louis¹.

Atualmente, pode-se até dizer do ponto de vista interno que a conformação e a organização do processo e do procedimento nada mais representam do que o equacionamento de conflitos entre princípios constitucionais em tensão, de conformidade com os fatores culturais, sociais, políticos, econômicos e as estratégias de poder num determinado espaço social e temporal². Basta pensar na permanente disputa entre os princípios da efetividade e da segurança jurídica.

Significativamente, no final do século XIX era presente entre nós a compreensão da influência da norma constitucional no processo, especialmente como meio para a efetividade e segurança dos direitos. Para João Mendes Júnior, o processo, na medida

¹ *Ordenance Civile du mois d'avril 1667*, denominada *Code Louis*. Nicola Picardi, *Il Giudice e la Legge nel Code Louis*, in *Rivista di Diritto Processuale*, L(1995):33-48, esp. p. 35-36, ressalta com razão que, com a instituição do *Code Louis*, o rei-juiz do constitucionalismo medieval passava a ser substituído pelo rei-legislador; o direito tornava-se reduzido à lei e a lei à vontade do soberano. Em consequência, a *iurisdictio* terminava por perder o caráter originário de poder soberano *tout court*, e, com sua imagem do vulgar, era destinada a cobrir uma esfera de poder diferente do poder de legislar, tornando-se o último já a marca distintiva da soberania.

² Ainda está por ser realizada, do ponto de vista sociológico, uma investigação que mostre como na atual sociedade informática e globalizada, a difusão de modelos culturais de forma instantânea pela televisão via satélite, pela “internet”, pelo rádio, filmes, ensaios, artigos, revistas, livros etc. poderá vir a aproximar mundos diferentes e até a homogeneizá-los e quando isso se tornará possível.

em que garante os direitos individuais, deita suas raízes na lei constitucional. Cada ato do processo, “deve ser considerado meio, não só para chegar ao fim próximo, que é o julgamento, como ao fim remoto, que é a segurança constitucional dos direitos.” Suprimir, assim, formalidades processuais, pode constituir “ofensa da garantia constitucional da segurança dos direitos e da execução das leis federais”³.

Em obra diversa, adiantando lições de outras épocas, o grande mestre como que intuiu a íntima conexão entre o direito processual e constitucional, ao consignar que “As leis do processo são o complemento necessário das leis constitucionais; as formalidades do processo as atualidades das garantias constitucionais. Se o modo e a forma da realização dessas garantias fossem deixados ao critério das partes ou à discricção dos juízes, a justiça, marchando sem guia, mesmo sob o mais prudente dos arbítrios, seria uma ocasião constante de desconfiança e surpresas”⁴. Antecipa-se assim, com grande descortino, futuras elaborações da doutrina europeia do século XX.

Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais⁵, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado⁶.

Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido. Esse último aspecto, ressalte-se, de modo geral é descuidado pela doutrina. Tudo isso é potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o afastamento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a tópica-retórica, e a conseqüente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional, ou não.

³ João Mendes Júnior, *A Nova Fase da Doutrina e das Leis do Processo Brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1899, p. 120, apud José Frederico Marques, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, São Paulo, Saraiva, 1959, p. 23.

⁴ João Mendes Júnior, *O Processo Criminal Brasileiro*, 2ª ed., vol. I, p. 8, apud José Frederico Marques, *Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, cit., p. 21-22.

⁵ Cf. C. A. Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 73-76 e 83-84. Sobre o fenômeno cultural e sua influência no processo, o ensaio pioneiro entre nós de Galeno Lacerda, *Processo e Cultura*, *Revista de Direito Processual Civil*, 3(1962):74-86, passim.

⁶ Assim, Hans Friedhelm Gaul, *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses*, *Archiv für die Civilistische Praxis*, 168(1968):27-62, esp. p. 32. Idéia semelhante em Rudolf Pollak, *Sistem des Österreichischen Zivilprozessrechtes*, 2ª ed., Wien, Manz, 1932, p. III, para quem o direito processual civil constitui, em muitos aspectos, uma das mais importantes partes do direito constitucional.

2. No contexto antes delineado ressalta a importância dos direitos fundamentais⁷, visto que criam os pressupostos básicos para uma vida na liberdade e na dignidade humana⁸. Cuida-se, portanto, dos direitos inerentes à própria noção dos direitos básicos da pessoa, que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível atual de dignidade. Claro que não se trata apenas dos direitos estatuídos pelo legislador constituinte, mas também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da idéia de Direito, do sentimento jurídico coletivo⁹.

A importância dos direitos fundamentais decorre ainda de outra circunstância. Além de serem tautologicamente fundamentais, a evolução da humanidade passou a exigir uma nova concepção de efetividade dos direitos fundamentais. Do sentido puramente abstrato e metafísico da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, a partir da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, evoluiu-se para uma nova universalidade dos direitos fundamentais de modo a colocá-los num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia¹⁰.

Essa nova universalidade busca subjetivar de forma concreta e positiva os direitos de triplíce geração na titularidade de um indivíduo, que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade¹¹.

Relembre-se que os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade, a saber, os direitos civis e políticos assegurados no plano constitucional; os da segunda geração, dizem respeito aos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como aos direitos coletivos. A terceira geração compreende os direitos da fraternidade,

⁷ É grande a incerteza terminológica a respeito. Fala-se em direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas, direitos fundamentais do homem (José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional, p. 157). Dou preferência à expressão "direitos fundamentais" não só porque já incorporada à tradição, como também porque expressa razoavelmente a concepção adotada no texto.

⁸ Assim, Konrad Hesse, apud Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 514. Ainda segundo Hesse, os direitos fundamentais, mais restritamente, são aqueles qualificados como tais pelo direito vigente. Consoante José Afonso da Silva, Curso, cit., p. 159, os direitos fundamentais estabelecem os princípios consubstanciadores da concepção do mundo e da ideologia política de cada ordenamento jurídico, designando as prerrogativas e instituições com que o direito positivo concretiza as garantias de uma convivência digna, livre e igualitária de todas as pessoas.

⁹ Cf. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, tomo IV, Direitos Fundamentais, Coimbra, Coimbra ed., 1988, p. 8-10.

¹⁰ A busca da efetividade dos direitos fundamentais, bem assinala Serge Guinchard, Droit processuel — Droit commun du procès, em colaboração com Monique Bandrac, Xavier Lagarde e Méline Douchy, Paris, Dalloz, 2001, p. 53-54, é o fenômeno mais marcante do final do século XX. Menciona ele o célebre aresto Airey vs. Irlanda, de 7.10.1979, em que a Corte Européia dos Direitos do Homem manifestou sua clara preocupação com a exigência "de proteger não mais de forma teórica ou ilusória, mas de forma concreta e efetiva" os direitos fundamentais.

¹¹ Cf. a linha de desenvolvimento traçada com mão de mestre por Paulo Bonavides, Curso, cit., p. 526-527, com menção ainda a diversos outros documentos relativos a direitos humanos produzidos no século XX.

ultrapassando os limites dos direitos individuais ou mesmo coletivos: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.¹²

3. No sistema jurídico brasileiro, essas ponderações ostentam enorme alcance prático, porque a Constituição de 1988 positivou de forma expressa os direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira geração.

Além disso, o § 1º do art. 5º da Constituição brasileira estatui de modo expresso que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Esta última disposição constitucional reveste-se de grande significado. Por um lado, principalmente em matéria processual, os preceitos consagradores dos direitos fundamentais não dependem de edição de leis concretizadoras. Por outro, na Constituição brasileira, os direitos fundamentais de caráter processual ou informadores do processo não tiveram sua eficácia plena condicionada à regulação por lei infraconstitucional.

Demais disso, já não se discute mais na doutrina do direito constitucional o papel dos direitos fundamentais e das normas de princípio — mesmo daquelas consideradas meramente programáticas — como diretivas materiais permanentes, vinculando positivamente todos os órgãos concretizadores, inclusive aqueles encarregados da jurisdição, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora¹³. Aliás, a mais importante fonte jurídica das normas de princípio são exatamente os direitos fundamentais.

Como se vê, cada vez mais nos distanciamos da concepção tradicional, que via os direitos fundamentais como simples garantias, como mero direito de defesa do cidadão frente ao Estado e não, como os compreende a mais recente doutrina, como direitos constitutivos institucionais, com ampla e forte potencialização.

A questão revela-se particularmente sensível porquanto dessa forma atribui-se ao órgão judicial, no plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente os direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de modo a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)¹⁴.

Por isso mesmo, em tal normatividade de caráter essencialmente principal encontra-se contida uma autêntica outorga de competência para a livre investigação jurisdicional do direito. A particularidade aqui, em relação a outros tipos de regra jurídicas, é que a competência para a descoberta mesma do direito no caso concreto

¹² Segue-se aqui a síntese realizada por Paulo Bonavides, Curso, cit., p. 516-524. O grande constitucionalista ainda menciona a quarta geração dos direitos fundamentais: o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo, direitos esses da maior importância, como se vê, mas que escapam aos limites estreitos deste estudo (ob. cit., p. 524-526).

¹³ J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, 4a. ed., Coimbra, Almedina, 1987, p. 132.

¹⁴ J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, cit., p. 448.

vincula-se com os princípios de maneira ampla e indeterminada¹⁵. A constatação mostra-se deveras relevante, na medida em que, sendo facultado expressamente na Constituição o exercício de um direito produzido pelos juízes, legitima-se a atividade do Poder Judiciário perante a sociedade como um todo, mesmo diante da resistência de interesses contrariados.

4. Antes de analisar em espécie os direitos fundamentais que mais de perto dizem respeito ao processo, — para depois procurar extrair algumas conseqüências práticas das premissas até agora estabelecidas — importa ter presente ainda três aspectos essenciais implicados na sua concepção, a seguir enumerados.

a) A já mencionada normatividade do direito fundamental, norteadora não só da regulação legislativa do processo, como também do regramento da conduta das partes e do órgão judicial no processo concreto e ainda na determinação do próprio conteúdo da decisão.

b) A supremacia do direito fundamental: “não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais”¹⁶.

c) O caráter principiológico do direito fundamental, a iluminar as regras já existentes, permitindo ao mesmo tempo a formulação de outras regras específicas para solucionar questões processuais concretas.

Sob o último ângulo visual, o direito fundamental apresenta-se como norma aberta, a estabelecer pura e simplesmente um programa e afirmar uma certa direção finalística para a indispensável concretização jurisdicional, em oposição, assim, àquelas normas que contêm uma ordem positiva ou negativa, capazes de serem apreendidas pelo juiz de forma mais ou menos direta¹⁷.

5. De passagem, é interessante observar que embora a oposição entre regras e princípios seja cada vez mais tênue, na medida em que toda interpretação de texto, segundo a moderna hermenêutica, exige em maior ou menor medida um “fazer produtivo”, não se mostra correto afirmar que toda regra jurídica, por sua vez, contém em determinados limites uma norma de princípio¹⁸, o que de certa forma eliminaria a diferença qualitativa entre ambas as categorias, preconizada por Esser.

¹⁵ Assim, Issak Meier, *Auflösung des geschriebenen Rechts durch allgemeine Prinzipiennormen*, in *Prinzipienormen und Verfahrensmaximem*, em colaboração com Rudolf Ottomann, Zürich, Schulthess Verlag, 1993, p. 56-58. Na mesma esteira, observa José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 256, que na falta de lei que concretize determinado direito fundamental, “o princípio da aplicabilidade directa vale como indicador de exequibilidade imediata das normas constitucionais, presumindo-se a sua perfeição, isto é, a sua auto-suficiência baseada no caráter líquido e certo do seu conteúdo de sentido. Vão, pois, aqui incluídos o dever dos juízes e dos demais operadores jurídicos de aplicarem os preceitos constitucionais e a autorização para com esse fim os concretizarem por via interpretativa.”

¹⁶ Cf. a expressiva formulação de Jorge Miranda, *Manual*, cit., nº 60-1, p. 282-283.

¹⁷ Cf. Isaak Meier, ob. cit., p. 14. Segundo Joseph Esser, *Princípios y Pensamientos Jurídicos Generales y Formas que Adoptan en el Derecho Privado*, trad. de Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961, p. 63-70, as regras contêm ordens diretas, os princípios apenas critérios para a justificação de uma ordem.

¹⁸ Como sugere, Isaak Meier, ob. cit., p. 53-54.

A aplicação concreta do direito fundamental, de qualquer modo, não se distancia radicalmente do processo de aplicação do direito em geral. Este, como tentei demonstrar em outra oportunidade ¹⁹, apresenta-se necessariamente como obra de acomodação do geral ao concreto, a requerer incessante trabalho de adaptação e até de criação, mesmo porque o legislador não é onipotente na previsão de todas e inumeráveis possibilidades oferecidas pela inesgotável riqueza da vida.

Assim, o rigor do formalismo resulta temperado pelas necessidades da vida, agudizando-se o conflito entre o aspecto unívoco das características externas e a racionalização material, que deve levar a cabo o órgão judicial, entremeada de imperativos éticos, regras utilitárias e de conveniência ou postulados políticos, que rompem com a abstração e a generalidade. O juiz, por sua vez, não é uma máquina silogística, nem o processo, como fenômeno cultural, presta-se a soluções de matemática exatidão. Isso vale, é bom ressaltar, não só para o equacionamento das questões fáticas e de direito, como também para a condução do processo e notadamente no recolhimento e valorização do material fático de interesse para a decisão.

Mesmo a regra jurídica clara e aparentemente unívoca pode ser transformada em certa medida, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, por valorações e idéias do próprio juiz.

Já Aristóteles havia constatado o fenômeno, quando tratou na sua *Ética a Nicômano*, momento clássico na história da *epieikeia*, das relações entre legalidade e equidade. Para o estagirita, “o equitativo, se bem é justo, não o é de acordo com a lei, mas como uma correção da justiça legal. A causa disso é que toda lei é universal e há casos nos quais não é possível tratar as coisas com exatidão de um modo universal. Naqueles casos, pois, nos quais é necessário falar de um modo universal, sem ser possível fazê-lo exatamente, a lei aceita o mais corrente, sem ignorar que há algum erro.” A equidade se prestaria, assim, para eliminar a distância entre a abstração da norma e a concretude do caso julgado: “tal é a natureza do equitativo: uma correção da lei na medida em que sua universalidade a deixa incompleta” ²⁰.

Cuida-se, bem entendido, de aplicar a lei com equidade, atividade conatural ao próprio ato de julgar, e não de substituí-la pela equidade. E nessa aplicação da regra ou do princípio, do direito *tout court*, o sistema funciona como uma língua, isto é, como um sistema de regras de uso das palavras da linguagem jurídica na qual se nomeiam os fatos a serem apreciados e valorizados. Na verdade, os significados expressos na língua jurídica, empregada na aplicação operativa do direito, são tão ambíguos e opináveis como as regras de uso da língua jurídica ditada pelas normas ²¹. Daí a permanente necessidade de

¹⁹ C. A. Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo no Processo Civil*, cit., p. 190-191.

²⁰ Aristóteles, *Ética Nicomáquea*, trad. esp. de J. Pallí Bonet, Madrid, Gredos, 1985, V, 10, 1137b, p. 263.

²¹ Cf. Luigi Ferrajli, *Derecho y Razón — Teoría del Garantismo Penal*, trad. de Percto Andrés Ibañez et al., prólogo de Norberto Bobbio, Madrid, Trotta, 1995, p. 56. Também a correlação entre a língua e a linguagem interna do sistema é essencial para a teoria hermenêutica preconizada por Tercio Sampaio Ferraz, *Introdução ao Estudo do Direito — Técnica, Decisão, Dominação*, São Paulo, Atlas, 1989, p. 231-281, assentada no teor da tradução.

contextualizá-los, pela inserção no contorno específico fático da causa, para se extrair a decisão justa e adequada do caso concreto, especialmente com a ajuda dos princípios.

6. No concernente aos direitos fundamentais e aos princípios, a concretização realiza-se exclusivamente pelo juiz no caso trazido ao seu conhecimento. Vale dizer que o seu conteúdo só pode ser determinado diante de fatos específicos, considerando-se ainda que para essa aplicação são estabelecidos poucos limites, a não ser a coerência com os fundamentos constitucionais, o sistema jurídico e a linguagem interna do direito. Em contrapartida, o conteúdo da regra está previsto na própria regra, com maior ou menor precisão.

Dito isso, podem ser estabelecidas algumas linhas de aplicação das normas infraconstitucionais na perspectiva dos direitos fundamentais.

Assim, em primeiro lugar, a interpretação deve ser conforme à Constituição, encarada esta de forma global, com ponderação de valores entre os direitos fundamentais adequados e o bem protegido pela lei restritiva. Vale dizer: o aplicador da norma deve inclinar-se pela interpretação que conduza à constitucionalidade da norma, embora por outra via pudesse considerá-la inconstitucional ²².

Às vezes, mostra-se necessária até a correção da lei pelo órgão judicial, com vistas à salvaguarda do predomínio do valor do direito fundamental na espécie em julgamento. Já não se cuida, então, de mera interpretação “conforme à Constituição”, mas de correção da própria lei, orientada pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos dela deduzidos, mediante *interpretação mais favorável aos direitos fundamentais*. Significa isto que, havendo dúvida, deve prevalecer a interpretação que, conforme o caso, restrinja menos o direito fundamental, dê-lhe maior proteção, amplie mais o seu âmbito, satisfaça-o em maior grau ²³.

Outro aspecto a ser sublinhado, com repercussão imediata na vida das pessoas, é a determinação do alcance dos direitos fundamentais e dos princípios que colidam entre si no caso em julgamento, da ponderação dos valores e da determinação do que deva prevalecer para a justiça do caso, consoante o chamado princípio da

²² A respeito, por todos, Paulo Bonavides, *Curso*, cit., p. 473-480. Com uma visão sistemática da doutrina alemã e da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional — O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, 3ª. ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 231-237.

²³ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra, Coimbra ed., 1991, nº 4.9, p. 143. Como bem ressalta Marcelo Lima Guerra, *Execução Indireta*, São Paulo, RT, 1998, p. 53, trata-se de “adequar os resultados práticos ou concretos da decisão o máximo possível ao que determinam os direitos fundamentais em jogo.”

proporcionalidade, regra hoje inafastável de hermenêutica²⁴. Aliás, além de conflitarem, os princípios podem também complementar-se ou delimitar-se entre si²⁵.

Na conhecida visão de Alexy, a otimização por meio dos princípios dá-se em consonância com as possibilidades normativas e fáticas. Normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem ou os complementam. Fáticas, porque o conteúdo dos princípios, para que se transforme em norma concreta, só pode ser determinado pela concretude fática do caso²⁶.

7. Do ponto de vista do direito processual, impõe-se sublinhar que os direitos fundamentais, para poderem desempenhar sua função na realidade social, precisam não só de uma normatização intrinsecamente densificadora como também de formas de organização e regulamentação procedimentais apropriadas. Daí a necessidade de estarem assegurados constitucionalmente por normas, principiais ou não, garantindo-se ao mesmo tempo seu exercício e restauração, em caso de violação, por meio de órgãos imparciais com efetividade e eficácia²⁷. Embora essa dimensão procedimental nem sempre se refira ao processo judicial também o abrange, a evidenciar uma interdependência relacional entre direitos fundamentais e processo.

Faceta importante a ressaltar é que a participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental²⁸. Tal participação, além de constituir exercício de um direito fundamental, não se reveste apenas de caráter formal, mas deve ser qualificada substancialmente.

Isso me leva a extrair do próprio direito fundamental de participação, a base constitucional para o princípio da colaboração, na medida em que tanto as partes quanto o órgão judicial, como igualmente todos aqueles que participam do processo

²⁴ Humberto Bergmann Ávila, *Distinção entre Princípios e Regras e a Redefinição do Dever de Proporcionalidade*, in *Revista de Direito Administrativo*, 215 (jan./mar.1999) :151-179, esp. p. 170, demonstra de maneira adequada tratar-se, na realidade, de postulado normativo-aplicativo, pois impõe uma condição formal estrutural de conhecimento concreto (aplicação) de outras normas, condição essa de caráter normativo, instituída pelo próprio direito para a sua devida aplicação, na busca de realização integral dos bens juridicamente resguardados. Daí a definição do dever de proporcionalidade como "um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídico materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados" (ob. cit., p. 175).

²⁵ Ressalta acertadamente Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José Lamego, 3ª. ed., Lisboa, Gulbenkian, 1997, p. 483, que os direitos fundamentais e princípios não estão uns a par dos outros, sem conexão, mas que se relacionam uns com os outros de acordo com o sentido e, por isso, podem tanto complementar-se como delimitar-se entre si.

²⁶ Apud Humberto Bergmann Ávila, ob. cit., p. 159.

²⁷ Por isso, afirma Konrad Hesse, *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. da 20ª. ed. alemã por Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Fabris, 1998, nº 359, p. 288, que os direitos fundamentais requerem, em maior ou menor proporção, regulação da organização e do procedimento, e ao mesmo tempo influem sobre o direito de organização e procedimento, o que contribui para a sua própria realização e asseguramento.

²⁸ Assim, J. J. Gomes Canotilho, *Tópicos de um Curso de Mestrado sobre Direitos Fundamentais, Procedimento, Processo e Organização*, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, 1990, p. 151-163, esp. p. 155, com amparo na sugestão do *status activus processualis*, formulada por P. Häberle.

(serventuários, peritos, assistentes técnicos, testemunhas etc.) devem nele intervir desde a sua instauração até o último ato, agindo e interagindo entre si com boa-fé e lealdade.

Para o Tribunal Constitucional espanhol, o dever judicial de promover e colaborar na realização da efetividade da tutela jurisdicional não é de caráter moral, mas um dever jurídico constitucional, pois os juízes e tribunais têm a “(...) obrigação de proteção eficaz do direito fundamental (...)”. O cumprimento desse mandato constitucional de proteger o direito fundamental à tutela judicial efetiva, a que têm direito todas as pessoas, há de ser para os juízes e tribunais norte de sua atividade jurisdicional. Por isso, o Tribunal Constitucional fala da necessária colaboração dos órgãos judiciais com as partes na materialização da tutela e também no dever específico de garantir a tutela, dever que impede aos órgãos jurisdicionais de adotar uma atitude passiva nesta matéria ²⁹.

Por outro lado, a dependência crescente de previsão e de distribuição estatal e por conseqüência o perigo crescente de colisão entre os direitos de liberdade e as posições de direitos fundamentais, que estes ocupam no mundo atual, acaba por exercer influência decisiva no papel destinado ao direito processual. E isso porque os direitos fundamentais exibem acentuada força de irradiação sobre o direito legislado, a acentuar ainda mais o papel dos tribunais na “descoberta” do direito aplicável ao caso concreto.

À luz dessas considerações, a participação no processo e pelo processo já não pode ser visualizada apenas como um instrumento funcional de democratização ou realizadora do direito material e processual, mas como uma dimensão intrinsecamente complementadora e integradora dessas mesmas esferas. O próprio processo passa, assim, a ser meio de formação do direito, seja material, seja processual. Tudo isso se potencializa, quando se atenta em que o processo deve servir para a produção de decisões conforme a lei, corretas a esse ângulo visual, mas, além disso, dentro do marco dessa correção, presta-se essencialmente para a produção de decisões justas ³⁰.

8. Como fonte específica de normas jurídicas processuais devem ser considerados especialmente dois grupos de direitos fundamentais, pertinentes aos valores da efetividade e da segurança jurídica ³¹, valores esses instrumentais em relação ao fim último do processo, que é a realização da Justiça no caso concreto.

No primeiro grupo desponta fundamentalmente a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República).

²⁹ Cf. Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela Judicial Efectiva (Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la Constitución)*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 329, com menção a diversos precedentes (ob. cit., p. 329-330 e notas 72 a 77).

³⁰ Assim, Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, cit., p. 472, endossando entendimento nesse sentido do Tribunal Constitucional Federal alemão. Sobre o ponto, C. A. Alvaro de Oliveira, *Do Formalismo*, cit., p. 65-66. De observar que um dos valores supremos da ordem constitucional brasileira é a Justiça, como ressaltado no Preâmbulo da Constituição de 1988.

³¹ Aspecto sublinhado com grande acuidade por Teorí Albino Zavascki, *Antecipação de Tutela*, São Paulo, Saraiva, 1997, p. 64-65.

É claro que não basta apenas abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, mediante um processo sem dilações ou formalismos excessivos.

Exatamente a perspectiva constitucional do processo veio a contribuir para afastar o processo do plano das construções conceituais e meramente técnicas e inseri-lo na realidade política e social. Tal se mostra particularmente adequado no que diz respeito ao formalismo excessivo, pois sua solução exige o exame do conflito dialético entre duas exigências contrapostas, mas igualmente dignas de proteção, asseguradas constitucionalmente: de um lado, a aspiração de um rito munido de um sistema possivelmente amplo e articulado de garantias “formais” e, de outro, o desejo de dispor de um mecanismo processual eficiente e funcional.

Nessa linha de entendimento, a Corte Européia dos Direitos do Homem em vários pronunciamentos vem proclamando que a Convenção Européia dos Direitos do Homem ostenta por finalidade proteger direitos não mais “teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos”³².

Para a Corte, a efetividade supõe, além disso, que o acesso à justiça não seja obstaculizado pela complexidade ou custo do procedimento. Tal implica que as limitações, sempre deixadas à margem de apreciação dos Estados nacionais, não podem em nenhum caso restringir o acesso assegurado ao litigante de tal maneira que seu direito a um tribunal seja atingido em sua própria substância, devendo ser observada “uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado.” Ainda segundo o Tribunal, o litigante não deve ser impedido “de empregar um recurso existente e disponível”, proibindo-se todo “entrave desproporcional a seu direito de acesso ao tribunal”³³.

Da mesma forma acentuou o Tribunal Constitucional espanhol que “(...) as normas que contêm os requisitos formais devem ser aplicadas tendo-se sempre presente o fim pretendido ao se estabelecer ditos requisitos, evitando qualquer excesso formalista que os converteria em meros obstáculos processuais e em fonte de incerteza e imprevisibilidade para a sorte das pretensões em jogo”³⁴.

Também o fator tempo veio a ganhar papel de destaque nesse quadro, ainda mais com a massificação das demandas levadas ao Judiciário e a conseqüente mudança de perfil dos usuários do sistema, a exigir uma solução mais ou menos premente do

³² Arestos de 24.7.1968, no caso “lingüístico belga”, série A, nº 6, p. 31, § 3 *in fine* e 4; Golder vs. Reino-Unido, de 25.2.1975, série A, nº 18, p. 18, § 35 *in fine*; Luedicke, Belkacem e Koç, de 28.11.1978, série A, nº 29, p. 17-18, § 41; Marckx, de 136.1979, série A, nº 31, p. 15, § 31, apud Bertrand Fravreau, *Aux sources du procès équitable une certaine idée de la qualité de la Justice*, in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 11 e nota 3.

³³ Arestos Levages Prestations Services vs. França, de 23.10.1996, *Recueil*, 1996-V, p. 1996-V, p. 1543, § 40. Brualla Gómez de la Torre vs. Agne, de 19.12.1997, § 33, Garcia Manibardo vs. Espanha, de 15.2.2000, apud, apud Bertrand Fravreau, ob. cit., p. 11 e nota 8.

³⁴ Sentença 57, de 8.5.1984, na linha de outros precedentes, como ressalta Francisco Chamorro Bernal, *La Tutela*, cit., p. 315. Adiante, ob. cit., p. 317, refere que o mesmo tribunal entendeu haver excesso de formalismo na inadmissão de recurso por faltar 360 pesetas num preparo de 327.846.

litígio. Daí a intensificação da tutela cautelar e antecipatória, da chamada jurisdição de urgência, em uma palavra, cujo substrato constitucional mostra-se inegável. Também decorre desse imperativo a necessidade de se estabelecerem mecanismos de uma duração razoável do processo e mais do que isso da efetiva satisfação do direito reconhecido judicialmente, sem maiores delongas³⁵.

Por outro lado, a própria noção de Estado Democrático de Direito, erigida a princípio fundamental da Constituição Brasileira (art. 1º, *caput*), constitui substrato capital para a segurança jurídica, na medida em que salvaguarda a supremacia da Constituição e dos direitos fundamentais, garantindo o cidadão contra o arbítrio estatal, assegurando ao mesmo tempo elementos fundantes imprescindíveis a qualquer sociedade realmente democrática, como o princípio democrático, o da justiça, o da igualdade, da divisão de poderes e da legalidade³⁶.

De mais a mais, o desenvolvimento, que se pode julgar excessivo, de penalização da vida social e política, exige sejam as regras jurídicas formuladas de maneira simples, clara, acessível e previsível: daí a noção de Estado de Direito e o princípio da segurança jurídica, produtos de desenvolvimentos sociais cada vez mais complexos e de evoluções cada vez mais incertas³⁷.

Em tal contexto, ganha lugar de destaque o devido processo legal³⁸ (art. 5º, inciso LIV, da Constituição da República), princípio que exige como corolários a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, incisos XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas³⁹, o contraditório

³⁵ Oportuna a recomendação de José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e Processo*, São Paulo, RT, 1997, p. 146, *passim*, quanto à necessidade de serem adotados mecanismos endoprocessuais de repressão à chicana, de aceleração do processo e de controle (jurisdicional) externo da lentidão.

³⁶ Sobre o ponto, José Afonso da Silva, *Curso*, cit., p. 103-108, e J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos*, cit., p. 82-85. Walther J. Habscheid, *Droit Judiciaire Privé Suisse*, Genève, Librairie de L'Université, 1981, § 50, I, p. 306, tratando da autoridade da coisa julgada, menciona que o Tribunal Federal Constitucional alemão (BverfGE 15, 319) sublinhou que o Estado de Direito tem como tarefa preservar a segurança do direito.

³⁷ Cf. Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, *Contentieux Constitutionnel des Droits Fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002, p. 703, que ressaltam o emprego substancial desses conceitos tanto pelo juiz constitucional francês quanto pelo juiz ordinário.

³⁸ Cezar Saldanha de Souza Júnior em suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul tem criticado essa forma de expressar a cláusula do *due process of law*, ao argumento de que *law* também é direito, propondo seja adotada a fórmula "devido processo de direito". A sugestão certamente adequa-se à função do princípio, todavia, além de a expressão estar consagrada pelo uso, não me parece esteja equivocada a tradução, em vista de que no seu primeiro emprego no Estatuto do Rei Eduardo III (1354), como informa Kenneth Pennington, *The Prince and the Law, 1200-1600 (Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition)*, Berkeley, University of California Press, 1993, p. 145, nota 95, fazia-se referência expressa à: "saunz estre mesne en repons par due proces de lei".

³⁹ Para a Corte Européia dos Direitos do Homem, "consoante o princípio da igualdade de armas — um dos elementos da noção mais ampla de processo equitativo —, deve ser oferecida a cada uma das partes a possibilidade razoável de apresentar sua causa em condições tais que não a coloquem em situação de desvantagem em relação à outra": Assim, v.g., *arestos Dombó Beheer B.V vs. Países-Baixos*, de 27.10.1993, série A, nº 274, § 33, *Bulut v. Áustria*, de 22.2.1996, *Recueil* 1996, II, § 47, *Foucher vs. França*, de 17.3.1997, § 34, *Kuopila vs. Finlândia*, de 27.4.2000, apud Silvio Marcus-Helmons, *Quelques aspects de la notion d'égalité des armes (Un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme)*, in *Le procès équitable*, cit., p. 68.

e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, inciso LV), consideradas inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, inciso IX).

9. À vista do exposto, pode-se concluir que garantismo e eficiência devem ser postos em relação de adequada proporcionalidade, por meio de uma delicada escolha dos fins a atingir e uma atenta valoração dos interesses a tutelar. E o que interessa realmente é que nessa difícil obra de ponderação sejam os problemas da justiça solucionados num plano diverso e mais alto do que o puramente formal dos procedimentos e transferidos ao plano concernente ao interesse humano objeto dos procedimentos: um processo assim na medida do homem, posto realmente ao serviço daqueles que pedem justiça ⁴⁰.

Em suma, com a ponderação desses dois valores fundamentais — efetividade e segurança jurídica — visa-se idealmente a alcançar um processo tendencialmente justo.

Observe-se, finalmente, à vista do caráter essencialmente principiológico dos direitos fundamentais, que só se pode determinar o que se entende por processo justo levando-se em conta as circunstâncias peculiares do caso.

⁴⁰ Detecta o problema, insere-o na perspectiva constitucional e o resolve nos termos enunciados no texto Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione — Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 734-736.

Considerações acerca do Prazo Decadencial nas Ações Edilícias

(Análise do art. 445, §§ 1º e 2º, do Código Civil de
2002)

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz
Desembargador Federal do TRF da 4ª Região

A teoria dos vícios redibitórios desempenha papel de grande relevo no Código Civil, promulgado com a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, procurando resguardar o comprador contra abusos porventura praticados pelo alienante, pondo-o a salvo de falhas e defeitos apresentados pelos bens adquiridos.

Os vícios redibitórios, no ensinamento dos Mestres, são defeitos ocultos existentes na coisa alienada, objeto de contrato comutativo, não comum às congêneres, que a tornam imprópria ao uso a que se destina ou lhe diminuem consideravelmente o valor, de tal forma que o negócio não se realizaria se esses defeitos fossem conhecidos, ensejando ao adquirente a opção de rejeitar a coisa defeituosa, rescindindo o contrato, por meio da ação redibitória, ou, então, conservar o bem reclamando abatimento no preço, lançando mão da ação estimatória ou *quanti minoris*.

Ambas as ações encontram a sua razão de ser no princípio que veda o enriquecimento ilícito, preservando o adquirente de prejuízos, evitando que o transmitente à custa dele se locuplete.

Na vigência do Código Civil de 1916, numerosas dúvidas foram suscitadas quanto ao *dies a quo* para o ajuizamento das ações edilícias.

A respeito, reza o art. 445 do Código Civil de 2002, *verbis*:

Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.

§ 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

§ 2º Tratando-se de venda de animais, os prazos de garantia por vícios ocultos serão os estabelecidos em lei especial, ou, na falta desta, pelos usos locais, aplicando-se o disposto no parágrafo antecedente se não houver regras disciplinando a matéria.

A posição consagrada no texto legal representa a acolhida de uma evolução da jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, reafirmando o acerto do pensamento externado por Niboyet, quando participava dos trabalhos da Comissão de Reforma do Código Civil francês, ao dizer que “le but d’un Code est de codifier la jurisprudence”.¹

Com efeito, em voto lapidar que proferiu quando do julgamento do RE nº 76.233-GO, assinalou o saudoso Ministro Thompson Flores, *verbis*:

“...na literalidade do dispositivo (art. 178, § 2º), está claro nele qual seja o momento, o marco zero da contagem: é o momento da tradição. Mas em certas situações de fato, conforme a natureza da coisa ou do defeito que porte, não seria possível o exercício da ação dentro desse prazo exíguo, se contado da tradição, não tanto pela exiguidade, mas pela impossibilidade da revelação do defeito... Nesse caso, se atendermos à lei, na sua letra fria, estaríamos condenando a um abortamento inapelável o direito dos adquirentes, contra todos os princípios de direito e o bom senso ...a ação redibitória objetiva a garantia do comprador contra os defeitos ocultos da coisa adquirida... para que se possa exercer efetivamente o direito à ação, decorrente da garantia... há de ser proporcionado ao comprador um prazo razoável e que este seja contado a partir de quando for possível a revelação do defeito oculto...”²

Nesse sentido, igualmente, deliberou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

“Ação redibitória. Decadência. Início do prazo. Não maltrata o art. 178, § 5º, inciso IV, do Cód. Civil, acórdão que, ao afastar a decadência, dispõe no sentido de contar-se o prazo a partir do momento em que o vício tornou-se conhecido pelo adquirente do imóvel. Recurso especial não conhecido.”³

Esse, também, é o entendimento firmado pela melhor doutrina, consoante se extrai da lição de Henri de Page, *verbis*:

“Si le vice doit se révéler normalement à l’usage, c’est à compter de la délivrance que le délai commencera à courir. Si, exceptionnellement, il s’agit d’un vice qui ne peut se révéler que tardivement, ou qui échappe aux investigations le plus attentives de l’acheteur, le délai ne prend pas cours à ce moment. C’est la solution de la loi elle-même (nature du vice: art. 1648).”⁴

¹ In Travaux de La Commission de Réforme du Code Civil - Année 1948-1949, Librairie Du Recueil Sirey, Paris, 1950, p. 33.

² In RTJ 68/224-7.

³ Resp. nº 4.152-MT, rel. Min. Nilson Naves, in RSTJ 21/371.

⁴ Henri de Page, in *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. 2ª ed., Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1943, t. 4ª, pp. 210/1.

Da mesma forma, o magistério de Jérôme Huet, *verbis*:

“... pour des matériels de haute technicité, la durée du délai a sans doute lieu d’être allongée. Ce peut être le cas en matière d’informatique où les juges admettent volontiers qu’un vice n’est susceptible de se révéler qu’après une longue période de mise au point...”⁵

Outro não é o pensamento de Dernburg, arrimado às lições do Direito Romano, *verbis*:

“L’azione redibitoria si prescrive in sei mesi dopo la vendita, ma calcolati utiliter. L’ignoranza nel compratore del difetto impedisce perciò l’inizio della prescrizione, salvochè essa non riposi su grave negligenza.”⁶

Em obra clássica acerca da matéria, anota Riccardo Fubini, *verbis*:

“...solo diremo che al compratore non si può imporre di scoprire vizi che solo dopo lungo e maturo esame della merce si possono constatare; nè sarebbe ragionevole obbligarlo a sperimentare e usare la cosa senza bisogno e contro il proprio interesse per favorire il venditore che avesse consegnato cosa viziata.”⁷

A jurisprudência estrangeira de maior relevo, do mesmo modo que a doutrina, sempre orientou-se nesse rumo.

Em seu precioso “Code Civil Annoté”, o Magistrado Fuzier-Herman, ao comentar o art. 1.648 do Código Civil francês, faz referência aos julgados dos tribunais franceses, *verbis*:

“Le délai de l’art. 1648 court du jour où le vice s’est révélé à l’acheteur. - Cass. req., 27 juin 1887; ...Il a été jugé spécialement à l’appui de cette thèse que le vice d’une machine ne pouvait apparaitre que du jour où elle est en plein fonctionnement. - Cass. civ., 12 nov. 1884.”⁸

No mesmo sentido são os julgados do “Tribunal Fédéral Suisse”, *verbis*:

“... le délai (de péremption ATF 61 II 148) dépend de la nature de la chose et du genre de défauts; il peut aller de quelques jours à quelques mois (machines agricoles, chasse-neige) AFT 81 II 56 JT 1955 I 562; ...En cas d’installation d’un software, le délai ne court qu’à partir du moment où celui-ci est installé et prêt à fonctionner avec des données réelles ATF 124 III 456.”⁹

⁵ Jérôme Huet, in Responsabilité du Vendeur et Garantie contre les vices cachés., Editions Litec, Paris, 1987, p. 287.

⁶ A. Dernburg, Diritto Delle Pandette-Obbligazioni, tradução de F. Cicala, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1903, pp. 434/5.

⁷ Riccardo Fubini, in La Teoria dei Vizi Redibitorii, Fratelli Bocca Editori, Torino, 1906, p. 410. Nesse sentido, ainda, Marcel Planiol e Georges Ripert, in Traité Pratique de Droit Civil Français, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, Paris, 1932, t. X, pp. 142/4, nº 136; Ludovico Arndts, in Trattato delle Pandette, tradução de F. Serafini, Arnaldo Forni Editore, Ristampa -1981, t. II, pp. 248/251, § 304.

⁸ Ed. Fuzier-Herman, in Code Civil Annoté, 1940, t. 5º, p. 575, nota nº 4.

⁹ G. Scyboz & Pierre Robert Gilliéron, in Code Civil Suisse et Code des Obligations Annotés, Editions Payot Lausanne, 1999, p. 120, nota nº 201.

Por conseguinte, o Código Civil de 2002, encerrando com a polêmica que persistiu na jurisprudência e na doutrina sob a égide da Lei Civil de 1916, estabeleceu que o prazo decadencial nas ações edilícias, quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, contar-se-á a partir do instante em que dele teve conhecimento o adquirente, até o prazo máximo de 180 dias, em se tratando de bem móvel, e de um ano, se imóvel.

A opção revelada pelo legislador de 2002 atende, assim, aos reclamos da doutrina e da jurisprudência, bem como à própria finalidade da codificação das leis civis, magistralmente sintetizada por Cambacérès, no final do século XVIII, em seu Projeto de Código Civil, *verbis*:

“La meilleure législation est celle qui favorise l’intérêt général de la société et les progrès de la morale publique...Il s’agit ici de lois civiles, c’est-à-dire, des préceptes qui s’associent à toutes les actions, qui embrassent les rapports de tous les instans, et qui, par leur influence, peuvent embellir les divers âges de la vie, ou du moins en adoucir les inévitables amertumes.”¹⁰

¹⁰ Cambacérès, in *Projet de Code Civil*, Librairie Edouard Duchemin, Paris, 1977, pp. 15 e 68.

Boa-fé nos serviços bancários, financeiros , de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?¹

Claudia Lima Marques

Professora titular da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha. Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen, Alemanha. Especialista em Direito Europeu pela Universidade do Sarre, Alemanha. Coordenadora do PPGDir./UFRGS. Ex-Presidente do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor-BRASILCON.

Introdução

O título deste 6º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, organizado pelo Brasilcon, é sugestivo: “Serviços Bancários, Financeiros, de Crédito e Securitários-Função Social, Boa-fé e Responsabilidade”. Realmente, o que teriam estes diversos contratos, estas diversas atividades, estes diversos serviços (bancários, financeiros , de crédito e securitários), em comum, a não ser o fato da menção específica no Art. 3º, § 2º do CDC *in fine*?

Bancare/garantir, fides/fé/Treu/financiar/confiar, credere/acreditar/crerer/glauben, segurar/seguro/assegurar. Sim, efetivamente estes 4 contratos, estas 4 operações, estas 4 atividades econômicas, estes 4 serviços colocados a disposição dos consumidores no

¹ Versão atualizada da Conferência apresentada no 6º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor e 2º Encontro Nacional do Ministério Público do Consumidor: Serviços Bancários, Financeiros, de Crédito e Securitários- Função Social, Boa-fé e Responsabilidade, organizado pelo Brasilcon e Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor, em Maceió, de 29 a 31 de maio de 2002. Texto original e formado por extratos da 4ª edição do livro Contratos no Código de Defesa do Consumidor, RT, São Paulo, 2002.

mercado brasileiro têm um elemento em comum que os domina: *fides*, de fidelidade, de acreditar, de assegurar, de crer, de confiar, no outro ! Boa-fé é um pensar refletido, é o pensar no outro, no mais fraco, no parceiro contratual, nas suas expectativas legítimas, é lealdade, é transparência, é informação, é cooperação, é cuidado, é visualização e respeito pelo outro. Estes 4 serviços do título de nosso congresso são, pois, fazeres complexos, grupos de contratos, sistemas de operações, serviços conexos, contratos de adesão, guiados todos por um paradigma básico que deve ser a boa-fé (*Treu und Glauben*).

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei 8.078/90) realmente impõe a transparência (art. 4 caput), o princípio da Boa-fé objetiva (art. 4, III) e a ativa proteção do consumidor com base na Boa-fé de condutas (Art. 51, IV e § 1º) e na interpretação dos contratos conforme a confiança despertada (art. 30, 34, 35, 47 e 48 todos do CDC). Da mesma forma, o novo Código Civil aprovado em 2002 cria deveres com base na boa-fé (Art. 422), impõe limites (art. 187) e uma interpretação guiada por esta Boa-fé objetiva (Art. 113). Neste trabalho, considero que o CDC aplica-se totalmente aos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários, apesar da ADIN do CONSIF ainda estar sob análise. De qualquer forma, indiscutível que a boa-fé, a do CDC e a do CC/2002 aplica-se a estes contratos

Geralmente a análise dos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários concentra-se nas cláusulas abusivas presentes nestes contratos ou na aplicação ou não do CDC a alguns destes contratos. Neste congresso, inspirada pelo título e tendo em vista que estes temas serão objeto de outras palestras dos colegas do Brasilcon, quero concentrar-me nas positivas funções da boa-fé nestes contratos (Parte I), especialmente, no que se refere aos deveres de conduta positiva existentes nestes contratos, se iluminados pelo princípio da boa-fé do CDC, o dever de informar e o dever de cooperar (Parte II). Não se trata de um tema teórico, mas eminente prático e valorativo para o julgador, daí sua importância.

Assim, nosso objeto de investigação da primeira Parte serão as funções da boa-fé no CDC e como estas funções influenciam a nossa nova visão do contrato entre bancos, empresas financiadoras, administradoras de cartões de crédito, seguradoras e outros fornecedores com consumidores. E, na segunda parte, analisaremos os deveres de conduta, o dever de informar e de transparência específica do meio financeiro presentes nestes contratos e como estes devem influenciar a forma da magistratura interpretar estes contratos, e valorar as cláusulas e as práticas comerciais destes fornecedores; assim como o dever de cooperar e o nascente dever de renegociar estes contratos de forma a evitar o superendividamento. A escolha destes dois deveres de boa-fé (informação e cooperação) deve-se ao recente lançamento, no mercado editorial

brasileiro, de dois livros específicos sobre o tema,² que tive a honra de prefaciar,³ assim como a sua importância na doutrina germânica atual.

I – As funções da boa-fé no CDC e sua potencialização nos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários

Inicialmente, nosso objeto de investigação inicial serão as funções da boa-fé no CDC (A) e como estas funções influenciam a nossa nova visão do contrato com consumidores (B), em especial sua potencialização nos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários.

Observando a doutrina brasileira atual, nota-se que as análises sobre as funções da boa-fé são geralmente baseadas na obra clássica de Franz Wieacker e nos estudos da década de 50-60 de Larenz e Canaris, da Universidade de Munique, em especial, sobre a importância das cláusulas gerais no sistema do direito privado.⁴ No momento (2000/2001) em que o Código Civil Alemão-BGB é profundamente reformado, a ponto de mencionar a doutrina germânica atual, o nascimento de um “novo BGB”⁵, gostaria de contribuir a esta discussão trazendo as teorias de autores atuais germânicos de minha *alma mater*, a Universidade de Heidelberg, ainda não traduzidos para o português, em especial do Professor Othmar Jauernig e seus comentários ao BGB. Mister também reler as teorias de Karl Engisch e Franz Wieacker, sob a luz da insegurança pós-moderna, lançada por outro Professor de Heidelberg, Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Erik Jayme,⁶ assim

² Veja de FABIAN, Christoph, O dever de informar no Direito Civil, RT, São Paulo, 2002 e de MARTINS DA COSTA, Geraldo de Faria, Superendividamento: A proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês, RT, São Paulo, 2002, no prelo.

³ Do prefácio de FABIAN, destaque, p. 9: “De forma didática, simples e direta, como é característica dos mestres alemães, este jovem jurista – agora brasileiro- constrói com base na jurisprudência dos Interesses (de Jhering) a reflexão dogmática que estava faltando na doutrina brasileira: qual a origem do dever de informar? Em que relações está presente este dever de boa-fé? Que agentes da sociedade detêm realmente o direito subjetivo (público ou privado) de serem informados? A que agentes da sociedade foi imposto o dever de informar? Quais os limites deste dever de conduta segunda a boa-fé?” e do prefácio de MARTINS DA COSTA, conclusão, p. 1: “Efetivamente estava faltando na doutrina brasileira um estudo sério, inspirador, ao mesmo tempo didático, simples e informativo sobre o tema, considerado quase “tabu” pelas Instituições financeiras e Administradoras de Cartões de Crédito, face à grande insolvência dos consumidores no Brasil. Seguindo os passos da tese premiada de Nicole Chardin (de 1988)...., Geraldo de Faria Martins da Costa sugere uma releitura da lei brasileira para incluir um prazo de reflexão em matéria de contratos de crédito ao consumidor e uma melhor regulação das garantias conexas ao crédito, a evitar o superendividamento, assim como modificação da legislação brasileira para criar possibilidades de tratar e superar o superendividamento, quando este ocorre em virtude do consumo.”

⁴ Veja-se as obras atuais de Judith Martins Costa, Nelson Nery Júnior e Tércio Ferraz Jr., para citar as mais importantes, magnificamente sintetizadas na obra de NERY, Nelson Júnior e NERY, Rosa Maria de Andrade, Novo Código Civil e legislação extravagante-anotados, RT, São Paulo, 2002, p. 4 a 7.

⁵ A expressão sensacionalista é usada por Alpmann-Pieper, Annergerd e Becker, Peter, in Express-Reform des Schuldrechts-Das neue BGB, 2.ed, Alpmann Schmidt V., Münster, 2002, obra menor para estudantes alemães, veja resumo das modificações, in WIESER, Eberhard, “Eine Revolution des Schuldrechts”, in NJW 2001, p. 121 a 124.

⁶ Veja o famoso curso de 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, p. 36 e seg.

como os novos estudos de Canaris, de 2001 sobre materialização dos contratos,⁷ e no seu manual conjunto de 1994 sobre obrigações de Larenz e Canaris.⁸

A) As funções clássicas da boa-fé no CDC e no novo Código Civil de 2002

Como escrevemos,⁹ boa-fé é um princípio de repersonalização da relação contratual. Como ensina o grande mestre da UFRGS, Clóvis do Couto e Silva: "...o dever que promana da concreção do princípio da boa fé é dever de consideração para com o 'alter'."¹⁰ Efetivamente, boa-fé objetiva significa uma atuação "refletida",¹¹ uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, informando-o, aconselhando-o, cuidando, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.¹²

Boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais. A proteção da boa-fé e da confiança despertada formam, segundo Couto e Silva, a base do tráfico jurídico, a base de todas as vinculações jurídicas, o princípio máximo das relações contratuais.¹³ A boa-fé objetiva e a função social do contrato são, na expressão de Waldírio Bulgarelli, "como salvaguardas das injunções do jogo do poder negocial".¹⁴

Na visão mais difundida entre nós, o Princípio da boa-fé na formação e na execução das obrigações possui três funções principais¹⁵:

1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual (*pflichtenbegründende Funktion*), função criadora dos chamados deveres anexos (*Nebenpflichten*), deveres de conduta anexos aos deveres de prestação contratual, como o dever de informar, o dever de cuidado e de cooperação, e

2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos, uma função limitadora (*Schranken- bzw. Kontrollfunktion*), reduzindo a

⁷ Veja CANARIS, Claus-Wilhelm, "Wandlungen des Schuldvertragsrechts- Tendenz zu seiner 'Materialisierung' ", in Archiv für die zivilistische Praxis (AcP), 200 (2000), p. 277 e seg.

⁸ Vela LARENZ, Karl e CANARIS, Claus-Wilhelm, Lehrbuch des Schuldrechts-Besonderer Teil-2.Hb., 13.ed., Beck, Munique, 1994. (citado LARENZ/CANARIS)

⁹ Veja nosso livro Contratos, 4ª edição, no prelo.

¹⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. A Obrigação como Processo, São Paulo, Ed. J. Bushtasky, 1976 p. 29.

¹¹ Veja nosso livro, MARQUES, Cláudia Lima, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4. edição especial de 10 anos do CDC, RT, São Paulo, 2002, no prelo.

¹² Sobre boa-fé como regra de conduta, como limite à autonomia da vontade e como fonte de novos deveres acessórios, veja a obra de MENEZES CORDEIRO, Antonio M. da Rocha e, "Da Boa-fé no Direito Civil", vol. 1, pp. 632 e ss.

¹³ Veja COUTO E SILVA, op. cit. op. cit, p. 44 e seg.

¹⁴ BULGARELLI, Valdério, Questões contratuais no CDC, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 1998 p. 99.

¹⁵ LARENZ, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14, Aufl., München, Beck, 1987, pp. 26, 27, 28.

liberdade de atuação dos parceiros contratuais ao definir algumas condutas e cláusulas como abusivas, seja controlando a transferência dos riscos profissionais e libertando o devedor face a não razoabilidade de outra conduta (*pflichtenbefreie Vertrauensumstände*)¹⁶ e

3) na concreção das relações e na interpretação dos contratos, função interpretadora, pois a melhor linha de interpretação de um contrato ou de uma relação de consumo deve ser a do princípio da boa-fé, o qual permite uma visão total e real do contrato sob exame.¹⁷

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, trouxe como grande contribuição a exegese das relações contratuais no Brasil a positivação do princípio da boa-fé objetiva, como linha teleológica de interpretação, em seu art. 4, III e como cláusula geral, em seu art. 51, IV, positivando em todo o seu corpo de normas a existência de uma série de deveres anexos às relações contratuais.

Também o novo Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, traz o princípio da boa-fé como orientador dos contratos civis e comerciais, seja 1) na criação de deveres: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”; seja 2) na definição de limites: “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”; ou seja 3) na interpretação: “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

Observe-se que estas cláusulas gerais, bastante elogiadas pela doutrina,¹⁸ tem um formato clássico, mas grande potencialidade. O Código Civil de 2002 é um código para iguais, um código para *civis* em suas relações e para *comerciantes* ou empresários em suas relações comerciais entre si. Não trata das relações de consumo, que são relações em princípio entre um leigo, civil, o *consumidor* (art. 2º do CDC), e um profissional, um empresário, o *fornecedor* (art. 3º do CDC). Para estas relações entre desiguais (art. 4, I do CDC), relações mistas, o direito brasileiro, desde 1988 (Art. 48 ADTC) reservou uma proteção especial do consumidor (art. 1º do CDC) e aplica-se prioritariamente o Código de Defesa do Consumidor, como lei especial.

Interessante notar que as cláusulas gerais sobre boa-fé (e função social) mais importantes do Novo Código Civil, para os temas contratuais (Art. 421, 422) já se encontram sob o perigo de serem modificadas, assim como as que dizem respeito aos contratos de adesão, dificultando uma manifestação momentânea sobre o assunto. De qualquer forma, mencione-se que o antes mencionado texto do Art. 422 do CCB/2002, através de projeto de lei 6960 do Deputado Ricardo Fiúza, de 12 de junho de 2002, poderia passar a receber esta redação: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a

¹⁶ Veja, por todos, FIKENTSCHER, Wolfgang, Schuldrecht, Walter de Gruyter, Berlin, 1992 Wolfgang, Schuldrecht, Walter de Gruyter, Berlin, 1992, p.130 e seg.

¹⁷ BULGARELLI, op. cit., p. 95.

¹⁸ Veja, por todos, NERY/NERY, p. 6.

guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”.

Esta projetada redação menciona expressamente a eficácia pré-contratual e pós-contratual da boa-fé, mas pode ser criticada por denominar a boa-fé de “princípio” e de maneira ampla incluir na concretização da boa-fé “tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade”. Menções em demasia, em uma cláusula geral clássica, podem ser negativas. Melhor seria retirar a expressão “princípios”, por desnecessária, e o final da frase. Em especial a menção “da lei” é supérflua, pois, por natural a lei deve ser cumprida pelas partes. Também a expressão “exigências da razão”, em tempos pós-modernos, é de reduzidíssima eficácia, sendo quase discursiva. Fortes são as menções à equidade, em pleno código civil unitário, civil e comercial, e na parte geral deste Código novo, a denotar quase a ilimitada eficácia desta norma e à natureza do contrato (o que também é mencionado no §1º do Art. 51 do CDC). Face a potencialidade negativa desta nova redação, tendo a considerar que seria melhor manter a anterior, mais sintética e elegante. Suas falhas e imprecisões podem ser completadas pelo Direito dos juizes, como é normal em matéria de cláusulas gerais. O § 242 do BGB é bastante sintético e só menciona a “prestação”, logo, a execução e mesmo assim teve significativa evolução jurisprudencial.

Note-se que o projeto de lei inclui uma menção expressa da boa-fé bilateral, do aderente e do segurado, no contrato de seguro, afirmando: “Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios da probidade e boa-fé, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”. Note-se que aqui se incluiu novamente a menção ao “princípio” da boa-fé como se esta pudesse tornar a análise da boa-fé subjetiva no caso concreto, em análise objetiva. Quem fará este exercício é o julgador. A versão atual do Art. 765 repete a norma atual do CCB/16: “Art. 1.443. O segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.” Note-se que em matéria de seguros, o Art. 777 do novo Código Civil¹⁹ bem explicita que a aplicação destas normas é subsidiária à da lei especial, no caso a do CDC para os seguros envolvendo consumidores, daí já ter a jurisprudência brasileira chegado a esta objetivação.²⁰

Destaque-se também que o projeto do Deputado Fiúza pode criar mais uma cláusula geral de bons costumes e conexão comercial no Art. 425 sobre contratos

¹⁹ O texto é: “Art. 777: “O disposto no presente capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis especiais”.

²⁰ Veja REsp. 258.805-MG, j. 27.09.2000, Min. Ruy Rosado de Aguiar, cuja ementa é: “Acidente no trabalho. Seguro de vida em grupo. Tenossinovite. Doença preexistente. A seguradora que aceita o contrato e recebe durante anos as contribuições da beneficiária do seguro em grupo não pode recusar o pagamento da indenização, quando comprovada a invalidez, sob a alegação de que a tenossinovite já se manifestara anteriormente.”

atípicos, que atingiria de frente os contratos atípicos de cartões de crédito e de financiamento conexo ao consumo. A norma projetada é a seguinte: “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, resguardados a ordem pública, os bons costumes e os princípios gerais de direito, especialmente o princípio de que suas obrigações são indivisíveis, formando um só todo”. Qual exatamente é *ratio* de tal norma, ainda não conseguimos verificar. Se aprovada, seus efeitos podem ser enormes, ao permitir um mais forte controle do Judiciário nestes contratos atípicos.

Por fim, mencione-se que o Projeto do Deputado Fiúza, na versão de 12 de junho de 2002, copia –substituindo a palavra fornecedor por contratante, consumidor por aderente- o Art. 54 do CDC no projetado Art. 423 e inclui em seu parágrafo 2º a regra do Art. 47 do CDC. O texto projetado seria o seguinte: “ Art. 423. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente por um dos contratantes, sem que o aderente possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. Parágrafo 1º - Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar sua compreensão pelo aderente. Parágrafo 2º. As cláusulas contratuais, nos contratos de adesão, serão interpretadas de maneira mais favorável ao aderente.” Considerando que muitos contratos considerados civis –eu particularmente considero de consumo²¹-, como o de locação, hoje são contratos de adesão e que muitos contratos comerciais, inter-empresários, são de adesão, parece-me salutar esta substituição da regra clássica da interpretação agora presente no texto do Art. 423. Mencione-se ainda que o projeto traz mais duas contribuições do CDC à dogmática geral do direito civil: a força vinculatória da publicidade (no projetado Art. 429)²² e a idéia de danos morais satisfatórios ou desestimulantes, para não dizer punitivos (no projetado Art. 944, § 2º).²³

Boa-fé é, em resumo, um princípio de materialização da vontade contratual, agora balizada pelas exigências de considerara as expectativas legítimas do outro.²⁴ Assim ensina o também grande mestre da UFRGS, Ruy Rosado de Aguiar²⁵: “A *boa-fé* se constitui numa fonte autônoma de deveres , independente da vontade, e por isso a extensão e o conteúdo da relação obrigacional já não se mede somente nela (vontade), e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir *objetivamente* o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa ao controle das partes.” (grifo nosso) Para se ter a importância desta visão renovadora dos contratos envolvendo consumidores e fornecedores, ensina Paulo Luiz Neto Lôbo: “O princípio da boa-fé objetiva foi refuncionalizado no direito do

²¹ Veja defesa desta teoria minoritária, em meu livro *Contratos*, 4ª edição, no prelo.

²² O texto projetado é: “Art. 429. A oferta ao público equívale à proposta, obrigando o proponente, quando suficientemente precisa a informação ou a publicidade, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos”.

²³ O texto projetado é: “Art. 944. ...parágrafo 2º A reparação do dano moral deve constituir-se em compensação ao lesado e adequado desestímulo ao lesante”.

²⁴ Assim CANARIS, in *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, 200 (2000), p. 277 e seg.

²⁵ AGUIAR, Ruy Rosado de, “A Boa-fé na relação de consumo”, in *Direito do Consumidor*, vol. 14, p. 24.

consumidor, otimizando-se sua dimensão de cláusula geral, de modo a servir de parâmetro de validade dos contratos de consumo, principalmente nas condições gerais dos contratos.”²⁶

B) As funções potencializadas da boa-fé segundo a doutrina germânica atual e a análise do CDC

Se esta visão da boa-fé é importante e fundamental, parece-me chegada a hora de evoluirmos e, neste conclave, estudarmos as funções potencializadas da Boa-fé, como os doutrinadores germânicos estão as concebendo no início do século XXI. A primeira premissa, trazida pelo Professor de Heidelberg, Jauernig, é a dupla medida que a Boa-fé representa. Isto é, não podemos pensar o princípio da boa-fé como simples *instrumento para medir (ou guiar) a conduta das partes*, dos Bancos, das Administradoras de Cartões de Crédito, das Seguradoras, das financiadoras, das operadoras de Leasing etc. A boa-fé objetiva é também, e principalmente, *um instrumento de decisão, de valoração dos juizes, das condutas e cláusulas*, dos atos pretéritos e futuros destes Bancos, das Administradoras de Cartões de Crédito, das Seguradoras, das financiadoras, das operadoras de Leasing etc.²⁷

1) As funções potencializadas da boa-fé segundo Jauernig

Como ensinam Jauernig e Vollkommer, a boa-fé objetiva trata-se, ao mesmo tempo, de uma medida objetiva (*objektive Masstab*), um paradigma de conduta para as partes, e uma medida de decisão (*Entscheidungsmaßstab*), um instrumento objetivo de apreensão da realidade pelo juiz.²⁸

Segundo Jauernig e Vollkommer, as quatro funções atuais da boa-fé seriam:

a) função de complementação ou concretização da relação (*Ergänzungsfunktion*), podendo o aplicador da lei, através do princípio da boa-fé objetiva, visualizar e precisar quais os deveres e direitos decorrentes daquela relação em especial (por exemplo, incluindo as informações veiculadas em publicidade por uma seguradora

²⁶ LOBO, Paulo Luiz Neto “A informação como direito fundamental do consumidor”, in Direito do Consumidor 37, p. 67.

²⁷ Veja decisão do TJRS, APC 70000037408, j. 18.10.2000, Des. Paulo Augusto Monte Lopes, 16ª Câm. Cível.: “Em qualquer negócio, seja qual for a natureza, seja qual for o regime jurídico aplicável, o direito protege a boa-fé. Proteger a boa-fé significa preservar os contratantes de artimanhas e subterfúgios. Como o contrato é lei entre as partes, e uma delas pode – por sua vulnerabilidade ou hipossuficiência diante da outra – ter assinado o instrumento sem compreender por completo tudo o que nele se dispôs ou mesmo por vício, o direito ampara os interesses desse contratante fazendo prevalecer sobre a literalidade do contrato os reais objetivos pretendidos na contratação.” (p. 4 do original)

²⁸ Assim ensinam JAUERNIG, Othomar et alli, Bürgerliches Gesetzbuch, 7.ed, Beck, Munique, 1994, p.172, § 242,1 (Vollkommer).

ou grupo bancário, Art. 30 do CDC),²⁹ também chamada de função interpretativa.³⁰ A expressão alemã é de valorar-se e destacar-se, pois bem especifica a função ativa do juiz, uma vez que se trata do *Richterrecht* (Direito dos Juizes), isto é, há uma atividade mais completa e complexa³¹ do que a simples interpretação pelo juiz, há, sim, concreção de cláusula geral.³² E como ensina a Corte Constitucional alemã desde 1993,³³ na concreção das cláusulas gerais de boa-fé e bons costumes (em especial, nos contratos bancários, financeiros e de crédito) as cortes civis devem fazer valer os direitos humanos, os direitos fundamentais recepcionados nas Constituições,³⁴ impregnando o direito privado de seu espírito de proteção da dignidade da pessoa humana, da privacidade, de proteção dos dados, de direito à informação, à escolha livre, de desenvolvimento da sua personalidade etc.

A expressão atual alemã também esclarece que a boa-fé é fonte de deveres (deveres anexos), “descobertos” na complementação, na “fotografia” da relação, que realiza o magistrado: informar, cooperar, cuidar com o outro e, não só, prestar... Aqui, está, pois, a função primeira e mais complexa da boa-fé, que valora o grau de informação, de transparência, de lealdade nas condutas e cláusulas dos Bancos, das Seguradoras,

²⁹ Belo exemplo é a decisão do TJ/RS, já citada: “Propaganda enganosa. Garantia, incondicional, de financiamento para aquisição de unidade imobiliária. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Propaganda enganosa que garantiu, incondicionalmente, financiamento à aquisição de unidade imobiliária. Improvadas as apontadas irregularidades na documentação. Com inversão do ônus sucumbencial, condenação da incorporadora para suportar, às suas próprias expensas, o parcelamento da dívida (conforme garantido na publicidade).”(AC 598435063, Des. Guinther Spode, j.22.12.98, in RDC 36/324). Veja também decisão e as já citadas decisões do TJ/RS sobre embalagem prometendo prêmios (AC 596126037, 5ª Câmara. Civ. TJ RS, j. em 22.08.96, rel. Des. Araken de Assis) e sobre publicidade prometendo carros a quem completasse um ‘bingo’ (AC 596116764, 5ª Câmara. Civ. TJ RS, j. em 14.11.96, rel. Des. Araken de Assis), todas citadas e comentadas no belo artigo de Guinther Spode, “O controle da publicidade à luz do CDC”, in RDC 42 (2002), no prelo. Veja também sobre promessa de recompensa e premiação de tampa de vasilhame de refrigerante Resp. 289.346/MG, DJ 25.06.2001, min. Nancy Andrighi.

³⁰ É o que MARTINS-COSTA, Judith, *Boa-fé no Direito Privado*, RT, São Paulo, 2001, p.428, denomina de ‘a boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo’ e à p. 431, citando Larenz, denomina “interpretação da regulação objetiva criada com o contrato”.

³¹ Belo exemplo pode ser a decisão do TJ/RS, em caso envolvendo seguro de “condomínio Residencial”, em que cláusula contratual dava direito ao conserto do elevador somente após “comunicação” à seguradora e in APC598002079, j. 03.06.1998, Des. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior ensinou: “Seguro de dano. Interpretação de cláusula. comunicação imediata, não necessariamente prévia. dano em elevador de edifício de apartamentos residenciais. Segundo interpretação que se ostenta a melhor, a exigência, em casos como o dos autos, é de comunicação, sim, e imediata, mas não necessariamente prévia, do dano em elevador de edifício de apartamentos residenciais, pois desarrazoado que se aguarde providências da seguradora, para, apenas após, efetivar o conserto, sempre urgente quando se cuida deste meio de transporte de pessoas.”

³² Assim também no Brasil, TEPEDINO, Gustavo (Coord.), *Direito Civil-Constitucional*, Renovar, rio de Janeiro, 2011, p. 11 e 12: “as cláusulas gerais que, previstas pelo legislador contemporâneo, no Código de Defesa do Consumidor..., vêm sendo amplamente utilizadas pelos operadores. Recupera-se, então, o papel da jurisprudência e da doutrina...”

³³ BVerfG Beschl. v. 19.101993 - 1BvR 567/89 u.la., in: NJW 1994,36. A ementa original é a seguinte: „Die Zivilgerichte müssen - insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 und §242 BGB - die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2,1 GG beachten. Daraus ergibt sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträge, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind.“

³⁴ Veja meu artigo “Os contratos de crédito e a legislação brasileira de proteção do consumidor”, in RDC vol 18, p. 53-76.

das Administradoras, das Financeiras e Operadoras, de forma a visualizar/fotografar que relação jurídica é esta, complexa, conexa, principal ou acessória visando o consumo e se as exigências desta boa-fé foram ou podem ser cumpridas. O objetivo é alcançar a igualdade, o reequilíbrio entre as partes, e a atuação do Juiz conforme a boa-fé é ativa, como ensina o TJ/RS:

“Ao analisar o contrato, com suas diversidade, e que se constitui alvo especial do chamado Direito do Consumidor, está o juiz nesse alinhamento bem longe da principiologia clássica do contrato, onde se presumia que as partes eram livres para contratar, e eram iguais, sem qualquer distinção de informação, conhecimento e poder de cada uma. A atuação do magistrado, frente a uma relação de consumo, pode e deve ser mais dinâmica, pretendendo assegurar a igualdade das partes ao mesmo plano jurídico.” (Ementa da APC 197278518, 21^aCC, Des. Francisco José Moesch, TJ/RS, j. 17.06.1998).

Destaque-se que o legislador alemão, ao reformar o seu Código Civil de 1893 em 2002, incluiu uma nova norma de interpretação no § 241 do BGB, aplicável aos contratos de consumo (novo § 13 c/c § 241 e § 242), que é a seguinte: “§ 241- Deveres oriundos das relações obrigacionais- (1)...(2) As relações obrigacionais podem, de acordo com seu conteúdo (tipo), obrigar cada uma das partes a ter em conta os direitos, as coisas/patrimônio e os interesses da outra parte.”³⁵ Note-se a beleza desta linha que amplia a visualização da relação, não só faz ‘aparecer’ os deveres anexos ao contrato, como ajuda a valorar as práticas comerciais do fornecedor. “Ter em conta os direitos...e os interesses da outra parte” é visualizar o ‘alter’ e valorar a conduta-conforme a boa-fé- daquele contratante mais forte, tanto na formação do contrato (cláusula abusiva), quanto na execução do contrato (prática comercial abusiva).

Como ensina o próprio STJ, a própria cobrança é uma prática a ser valorada conforme a boa-fé e a confiança despertada: “É abusiva a prática de incluir na apólice um valor, sobre o qual o segurado paga o prêmio, e pretender indenizá-lo por um valor menor, correspondente ao preço de mercado, estipulado pela própria seguradora.”³⁶ Nesta visão de totalidade da relação de consumo é difícil dizer o que é prática complexa comercial, o que é cláusula autorizadora desta prática abusiva; o importante é visualizar que a boa-fé é o paradigma valorativo de todo o contexto contratual e de sua interpretação. Repita-se : a interpretação é sempre conforme a boa-fé, dos contratos de consumo (Art. 47 c/c Art. 4, III do CDC) e também nos contratos regulados pelo novo CCBR./2002 (Art. 113 do CCBR./2002).

b) função de controle e de limitação das condutas (*Schrankenfunktion*), pois o princípio, de forma imanente , está a limitar as “posições” jurídicas dos contraentes e o exercício de seus direitos, daí, por exemplo, a proibição de cláusulas e práticas abusivas (Art. 39 e 51 do CDC). Como afirmamos, a *boa-fé objetiva* é um *standard*, um parâmetro

³⁵ No original: “§ 241. Pflichten aus dem Schuldverhältnis. (1)...(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jedn Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten.”

³⁶ Ementa do Resp. 159.154/MG, DJ 22.06.98, Min. Ruy Rosado de Aguiar, e do Resp. 191.189/MG, j. 05.12.2000, DJ 05.03.2001, Min. Waldemar Zweiter e dos Embargos de Divergência. em Resp. 176.890/MG.

objetivo, genérico, um patamar geral de atuação, do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada.³⁷ O julgador valora a atuação, decidindo se esta ultrapassou ou não a razoabilidade, os limites impostos por esta boa-fé objetiva qualificada, que é a de consumo. Abusiva é a conduta ou a cláusula que viola a boa-fé, os deveres impostos pela boa-fé aos agentes na sociedade, como ensina o STJ, no Resp. 219184/RJ, j. 26.10.1999, Min. Ruy Rosado de Aguiar:

“SERASA. Dano moral. - A inscrição do nome da contratante na Serasa depois de proposta ação para revisar o modo irregular pelo qual o banco estava cumprindo o contrato de financiamento, ação que acabou sendo julgada procedente, constitui exercício indevido do direito e enseja indenização pelo grave dano moral que decorre da inscrição em cadastro de inadimplentes. Recurso conhecido e provido.”

Em outras palavras, é durante aquele exercício de interpretação conforme a boa-fé, de concreção que o magistrado irá identificar os limites à liberdade contratual; isto é, quais as cláusulas que ferem a boa-fé,³⁸ cláusulas nulas e abusivas,³⁹ que por isso não poderão ser consideradas, cláusulas que não pertencem ao “pacto” (pacta), cláusulas que violam o Direito e não poderão (sunt) ser “servidas” (servanda) ou ter qualquer eficácia, nem por vontade das partes, nem por decisão do juiz, uma vez que ofendem a ordem pública (art. 1º do CDC).⁴⁰ Como ensina a Corte Federal Alemã (BGH): “O contratante é obrigado segundo a boa-fé, já na elaboração das condições gerais contratuais levar em conta de forma razoável os interesses de seu futuro co-contratante. Se ele concretiza

³⁷ Neste sentido, veja-se exemplar decisão do Min. Carlos Alberto Menezes Direito, in Resp. 158.728-RJ, 16.03.1999, cuja ementa ensina: “Plano de saúde. Limite temporal da intimação. Cláusula abusiva. 2. O consumidor não é senhor do prazo de sua recuperação, que, como é curial, depende de muitos fatores, que nem mesmo os médicos são capazes de controlar. Se a enfermidade está coberta pelo seguro, não é possível, sob pena de grave abuso, impor ao segurado que se retire da unidade de tratamento intensivo, com o risco severo de morte, porque está fora do limite temporal estabelecido em uma determinada cláusula. Não pode a estipulação contratual ofender o princípio da razoabilidade, e se o faz, comete abusividade vedada pelo art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Anote-se que a regra protetiva, expressamente, refere-se a uma desvantagem exagerada do consumidor e, ainda, a obrigações incompatíveis com a boa-fé e a equidade.”

³⁸ Belo exemplo é o Resp. 251.024/SP, j. 27.11.2000, DJ 04.02.2002, em que o Relator, Min. Sálvio de Figueiredo, ensina a interpretação segundo ‘os fins sociais da lei’: “Direito Civil e do consumidor. Plano de saúde. Limitação temporal de intimação. Cláusula abusiva. CDC. Art. 51-IV. Uniformização interpretativa... I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, Art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de intimação do segurado. II - Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo de cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobre-direito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige às exigências do bem comum.”

³⁹ Assim também FERREIRA DA SILVA, Luis Renato, Revisão dos contratos: do Código Civil ao código do Consumidor, Forense, Rio de Janeiro, 1998, p. 52.

⁴⁰ Assim, veja por todos, as decisões do TJ/RS, in AGI 70002602415, j. 21.06.2001, Des. João Armando Bezerra Campos, em cujo voto lê-se: “A existência de disposições negociais abusivas contrárias às normas do Código de Defesa do Consumidor e ao princípio da boa-fé objetiva demonstra a atuação do credor contrário ao direito, a produzir a invalidade jurídica das obrigações excessivas e a ineficácia das parcelas acessórias, das quais decorrem sua inexigibilidade e inimputabilidade ao devedor.” (p. 7 do original) e na APC 70001052885, j. 19.10.2000, Rel. Des. João Armando Bezerra Campos, 14ª Câm. Cível, cuja ementa é: “Invalidade das cláusulas negociais abusivas à luz do CDC e do princípio da boa-fé-objetiva. Reconhecha a abusividade das disposições negociais que estabeleceram as parcelas acessórias do débito, em violação ao regime do CDC e ao princípio da boa-fé objetiva, merecem revisão judicial.”

no texto contratual apenas seus interesses, então viola a liberdade contratual (Vertragsfreiheit). Consequentemente, a sua liberdade contratual fica limitada pelo princípio da boa-fé (§ 242 BGB).⁴¹

c) função de correção e de adaptação em caso de mudança das circunstâncias (*Korrekturfunktion*), a permitir que o julgador adapte e modifique o conteúdo dos contratos para que o vínculo permaneça (manutenção do vínculo) apesar da quebra da base objetiva do negócio, por exemplo, com a desvalorização do dólar em contratos de leasing,⁴² ou imponha deveres de renegociação⁴³ face à quebra subjetiva da base do negócio, por exemplo, quando o consumidor perde seu emprego. A decisão aqui é casuística, como ensina o STJ, neste Resp. 200.019/SP j. 17.05.2001, DJ 27.08.2001, Min. Ari Pargendler:

“Civil. Promessa de compra e venda. Rescisão. Ação de rescisão de compromisso de compra e venda ajuizada pelo promitente comprador que ficou sem condições de cumprir o contrato. Procedência do pedido, à vista das circunstâncias do caso concreto..”⁴⁴

d) função de autorização para a decisão por equidade (*Ermächtigungsfunktion*), pois como cláusula geral sua concreção passa pela ativa participação do julgador e não pode escapar à tópicos e à procura da equidade contratual, originando assim um direito de equidade (*Billigkeitsrecht*) adaptado à sociedade e às necessidades atuais. Como lembra Hattenhauer,⁴⁵ a fórmula “boa-fé” exige uma concretização no caso concreto, logo, casuística e com base na equidade (*Billigkeit*).

2. A cláusula geral de boa-fé no CDC e as funções otimizadas da boa-fé

⁴¹ No original, citado por BURCKHARDT, p. 19 (BGH, NJW 1965, 246): “Er ist daher nach Treu und Glauben verpflichtet, schon bei der Abfassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen die Interessen seiner künftigen Vertragspartner angemessen zu berücksichtigen. Bringt er nur seine eigenen Interessen zur Geltung, so missbraucht er die Vertragsfreiheit. Insofern ist die Vertragsfreiheit durch § 242 BGB eingeschränkt.”

⁴² Veja, por todos, Resp. 361.694/RS, j. 26.02.2002, Min. Nancy Andrighi, DJ 25.03.2002.

⁴³ A doutrina atual está estudando fortemente os deveres de renegociação, tanto na Alemanha (Norbert Horn, Jürgen Baur, Herbert Kronke, Ernst Steindorff, Gabrielle Fecht, Andreas Nelle etc.), na Itália (Giovanni de Cristofaro, Giuseppe Gandolfi, Franco Anelli, todos sobre cessão dos contratos), nos Estados Unidos (seja nos teóricos da Law and Economics –renegotiation-, seja nos internacionalistas, em virtude dos Princípios da UNIDROIT para os contratos internacionais de 1994), assim relata em detalhes MARTINEK, Michael, “Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten-Bestandaufnahme, Kritik...und Ablehnung”, in Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 198 (1998), p. 330 a 398.

⁴⁴ Neste caso o STJ permitiu ao devedor (inadimplente), que perdera seu emprego, requerer a rescisão do contrato, que não aproveitou e a devolução das parcelas pagas, mesmo se a outra parte se opunha, citando como precedentes os Resp. 132.903-SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 19/12/97, Resp. 109.960-RSP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 24/03/97, Resp. 79.489-DF, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 22/04/97 e o já citado in Resp. 109.331-SP, DJ 31/03/97.

⁴⁵ HATTENHAUER, Hans, Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts, Beck, Munique, 1982, p. 93.

Apresentadas as funções otimizadas da boa-fé, como as entendem hoje os autores germânicos, cabe agora aprofundar um pouco mais este estudo. Assim, esta última função (de autorização para a decisão por equidade) depende diretamente do fato de aceitar-se ou não a existência no CDC de uma cláusula geral de boa-fé nas relações de consumo. Particularmente, considero que a boa-fé, no CDC, é *princípio geral* (Art. 4, III), é *conceito indeterminado* (art. 51 caput e IV) e é *cláusula geral* (art. 51, IV). Como ensina Antônio Junqueira de Azevedo, “a boa-fé é um conceito indeterminado”, mas quando “se refere ao tipo de comportamento exigido – por exemplo, dos contratantes – configura-se em cláusula geral.”⁴⁶

A afirmação do grande mestre da USP é importante, pois o Art. 51, IV do CDC (“estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”), apesar de seu texto conter conceitos indeterminados⁴⁷ (“iníquas”, “abusivas”, “desvantagem exagerada”, “boa-fé” e “equidade”) e de seu caput (“Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: ...IV...”)⁴⁸ conter uma consequência, qual seja a “nulidade” da cláusula, *exerce a função de cláusula geral de boa-fé no sistema do CDC*. E, como cláusula geral permite a *concreção* pelo juiz do que é a boa-fé. Assim, é paradigma de valoração do juiz e é o paradigma de conduta, que deve ter sido violado, para que haja a reação do direito, seja a reação prevista no caput do Art. 51, a nulidade absoluta, seja as outras previstas nos Artigos 6, 28, 39, 46 e 54 do CDC, que oscilam entre ineficácia, desconsideração e modificação de cláusulas, em um juízo casuístico de equidade, conforme o contexto do caso concreto.

Em outras palavras, a cláusula geral de boa-fé do CDC está no inciso IV do Art. 51, nos seus conceitos indeterminados, “boa-fé”, “equidade”, “desvantagem excessiva”, e não somente no caput do Art. 51 combinado com o inciso IV, a exemplo do que ocorreu no § 9º da Lei alemã de 1976- AGBG ou do § 138 do BGB, Código Civil Alemão.⁴⁸ A cláusula geral pode ser formada por um conceito indeterminado, que indica uma solução exata para o juiz, mas mesmo assim este juiz é um personagem ativo do sistema e tem que concretizar a cláusula geral, por exemplo, concretizar a cláusula geral da boa-fé em um contrato bancário, financeiro, de crédito e securitário, mesmo que a consequência jurídica seja sempre a nulidade da cláusula (art. 51, caput e IV do CDC).

⁴⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira, “O princípio da boa-fé nos contratos”, in Revista do Centro de Estudos Judiciário, Brasília/CJF, 1999, set/dez, v. 9, p. 41.

⁴⁷ Segundo ensina ENGLISH, Karl, Introdução ao pensamento jurídico, Gulbelkian, 6ª ed., Lisboa, 1988, p. 208: “Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos.”

⁴⁸ Assim conclui Karl ENGLISH, p. 232, afirmando que “nem todo conceito indeterminado, normativo ou discricionário é já uma cláusula geral”, mas que o importante é o seu Tatbestand, p. 233: “Aquele que voluntariamente põe em perigo a vida duma pessoa”, como cláusula geral do fazer-perigoso (Gefährdungs-Generalklausel).”

Já Nelson Nery Jr. afirma que a característica dos conceitos legais indeterminados seria que nestes “a solução já está preestabelecida na própria norma legal, competindo ao juiz apenas aplicar a norma, sem exercer nenhuma função criadora”,⁴⁹ e que as cláusulas gerais distinguem-se dos conceitos indeterminados “pela finalidade e eficácia”, ao permitirem ao juiz: “preencher os claros com valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta, ou seja, concretizando os princípios gerais do direito e dando aos conceitos legais indeterminados uma determinabilidade pela função que têm de exercer naquele caso concreto”.⁵⁰ Parece-me que esta segunda afirmação, choca-se com a afirmação anterior. O grande consumerista brasileiro afirma que, em se tratando de conceitos indeterminados, o juiz ao aplicá-lo não exerceria “nenhuma função criadora”.⁵¹

Data maxima venia, a este grande estudioso do direito alemão, a afirmação é ampla em demasia e poderia ser mal interpretada. Parece-me, ao contrário, que se a previsão de consequência jurídica serve para determinar o conceito indeterminado, sua presença em uma norma não tem o condão de excluir a possibilidade desta ser também uma cláusula geral e nem retira do juiz toda a função ativa de preencher o conceito indeterminado, valorando-o (*Werturteil*), concretizando-o, se tiver “finalidade” de cláusula geral. English⁵² esclarece que: “..., as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria. Elas não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários.” Zippelius⁵³ arremata que, em se tratando de conceitos que em si expressam valores, como “bons costumes” (“*guten Sitten*”) e “boa-fé” (“*Treu und Glauben*”), o *Spielraum* do juiz sempre é grande e não há outra maneira de atuar, do que ativamente, aproximando-se lentamente do significado destas expressões a determinar.⁵⁴

O próprio Karl Larenz coloca entre as atividades de valoração criativa do juiz o preenchimento (*Ausfüllung*) dos conceitos indeterminados e concorda que um conceito indeterminado (citando expressamente inclusive a boa-fé e os bons costumes) pode ser também uma cláusula geral.⁵⁵ Sendo assim, não se pode afirmar que uma norma contendo um conceito indeterminado (como o Art. 51,IV do CDC, o § 138 ou o § 826 do BGB), por indicar a nulidade (§ 138 do BGB) ou a indenização (§ 826 do BGB) como sanção, jamais poderiam ser cláusula geral; ao contrário, a evolução da

⁴⁹ NERY/NERY, p. 5.

⁵⁰ NERY/NERY, p.6.

⁵¹ NERY/NERY, p. 5.

⁵² ENGLISH, p. 233.

⁵³ ZIPPELIUS, Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, Beck, Munique, 1990, p. 43 (§9,II).

⁵⁴ No original, ZIPPELIUS, p. 43: “Bedeutungsspielraum...Besonders unscharf sind Bezeichnung, die eine Wertung ausdrücken, die es also z.B. untersagen, die “guten Sitten” oder “*treu und Glauben*” zu verletzen...Hier bleibt der Rechtsprechung dann oft nichts anders übrig, als schrittweise den Bedeutungsumfang der Gesetzwortes genauer zu bestimmen.”

⁵⁵ LARENZ, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6.ed, Springer Verlag, Berlin, 1991, p. 288 e 289, “d) Werturteile”.

jurisprudência comprovou, que, muitas vezes, são as mais importantes e eficientes das cláusulas gerais!

O tema é interessante e podemos aprofundar a discussão. Como ensina Karl English,⁵⁶ a parte inicial, a hipótese legal (*Tatbestand*) de uma norma pode conter uma cláusula geral (como o inciso IV do Art. 51), por decisão de técnica legislativa,⁵⁷ utilizando-se justamente de conceitos indeterminados e, assim afirma o mestre alemão: “O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e compossibilidade de ajustamento, a uma conseqüência jurídica.”

Concordam também Karl Larenz e Claus-Wilhelm Canaris, em sua obra de 1994, que estudando a versão do § 704-I do Primeiro Projeto de BGB (“Se alguém, por sua negligência ou dolo, realiza um ato ilícito ...que causa dano a outrem...fica obrigado a reparar os danos dai oriundos”) concluem que esta norma era, em verdade, uma “grande” cláusula geral (*grosse deliktsrechtliche Generalklausel*)⁵⁸ e que o atual § 823 e § 826 possuem três “pequenas” cláusulas gerais (*System von drei ‘kleinen’ Generalklauseln*),⁵⁹ pois as expressões ou conceitos (“*fahrlässigen rechtswidrigen Verletzung*”/§823,I; “*Schutzgesetz*”/§823II e “*Sittenwidrigkeit*”/§ 826 do BGB) necessitam a concretização pelo juiz (*konkretizierungsbedürftig*).

Note-se que aqui, mais uma vez, a solução, a reação jurídica, está prevista na conseqüência legal: indenização. Assim também Larenz⁶⁰ considera que o § 138 do BGB é uma cláusula geral de observância dos bons costumes (“*gute Sitten*”) e este artigo prevê expressamente a nulidade dos negócios jurídicos que violem os bons costumes: “*Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstosst, ist nichtig.*” (Um negócio jurídico, que é contra os bons costumes, é nulo).⁶¹

Em outras palavras, os que os mestres germânicos afirmam é que uma norma pode ser, na sua hipótese legal (*Tatbestand*) ou em parte, uma cláusula geral (conceito multi-significativo, para a concreção do juiz)⁶² e ao mesmo tempo ser um conceito indeterminado, pois traz uma solução fechada (nulidade, por ex., a de bons costumes do § 138 do BGB)⁶³ ou aberta (indenização, por exemplo, a do § 826 do BGB).⁶⁴ Larenz, em sua obra sobre Método, expressamente inclui a boa-fé e os bons costumes

⁵⁶ ENGLISH, p. 233.

⁵⁷ Assim também concentra-se no *Tatbestand*, para conceituar cláusula geral, CREIFELDS, Carl et alii, *Rechtswörterbuch*, Beck, Munique, 1994, p. 479

⁵⁸ No original, LARENZ/CANARIS, p.354 (§75,I): “Hat jemand durch eine aus Vorsatz oder Fahrlässigkeit begangene”

⁵⁹ LARENZ/CANARIS, p.355 (§75,I).

⁶⁰ LARENZ, *Methoden*, p. 289.

⁶¹ JAUERNIG/VOLKOMMER, p. 88 e 89 (Rdn 1 e 2, § 138 do BGB)

⁶² Assim expressamente, ENGLISH, p. 228, explicando a diferença entre uma hipótese legal casuística e uma cláusula geral na hipótese legal.

⁶³ Exemplo de ENGLISH, p. 231, usando porém a norma do § 826 do BGB.

⁶⁴ Exemplo de ENGLISH, p. 231.

como medidas que necessitam sempre de valoração concretizante (“*konkretisierenden ‘ausfüllungsbedürftigen’ Masstab*”).⁶⁵

Há, pois que se evoluir daquela visão inicial de que o § 242 do BGB seria o modelo de cláusula geral (visão clássica, pois esta norma não prevê um resultado, aberto ou fechado, apenas informa a diretriz do juiz e dos indivíduos), para uma visão atualizada, visão determinada pelas decisões dos anos 80-90, sobre fiança (*Bürgschaft*), da Corte Constitucional Alemã (BVerfG),⁶⁶ que valoriza as novas cláusulas gerais (“pequenas”, se assim as quiserem chamar), como a cláusula geral dos bons costumes do § 138 do BGB (que prevê a solução de nulidade-fechada- dos negócios jurídicos) ou as de proteção nos contratos de adesão (§9º da AGBGesetz de 1976). Também estas cláusulas gerais devem ser preenchidas com os direitos humanos ou fundamentais presentes nas Constituições: proteção dos mais fracos, em especial os consumidores (Art. 5,XXXII), proteção à privacidade, direito à informação (art. 5, XXXIII e LXXII), só para citar alguns.

Note-se que, na versão reformada do BGB-Código Civil Alemão, que entrará em vigor em janeiro de 2003, a cláusula geral do §9º da lei de 1976,AGBG foi totalmente transcrita no § 307 (1) do BGB-Reformado, mas houve modificação de seu nome, a norma agora se denomina: “controle de conteúdo” (*Inhaltskontrolle*)⁶⁷ e não mais cláusula geral (*Generalklausel*) como na lei de 1976, pois o § 307 (2) e 3) incorporou o mandamento de transparência do antigo § 8 da AGBGesetz.

O importante é que, incorporada a lista de cláusulas abusivas no BGB-Reformado, a cláusula geral de boa-fé nos contratos de adesão do § 307(1) do BGB, aproxima-se assim ainda mais de nosso art. 51, IV do CDC (cláusula geral de boa-fé nos contratos com consumidores). Isto está a demonstrar, que não importa o nome, o local onde se encontra a norma (em uma lista de cláusulas abusivas ou dentro do Código Civil), ou a indicação de uma consequência, o que importa para autorizar uma cláusula geral é a técnica de sua hipótese legal (*Tabestand*) e a função desta norma no sistema: autorizando a função concretizadora e criadora dos juizes (*Richterrecht*) !

Concluindo, parece-me que o Art. 51, IV do CDC é a cláusula geral de boa-fé nos contratos entre fornecedores e consumidores, inclusive os contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários, a concretizar o princípio geral da boa-fé e equilíbrio destas relações (Art.4,III do CDC), pode ela alcançar as 4 funções da boa-fé comentadas por Jauernig e Volkommer também no sistema do CDC.

⁶⁵ LARENZ, Methoden, p. 288.

⁶⁶ Veja as principais decisões de 1989, in REINICKE, Dietrich e TIDTKE, Klaus, Bürgschaftsrecht, Luchterhand, Berlin, 1995, p. 60 (Rdn. 132).

⁶⁷ DAUNER-LIEB, Barbara et alii, BGB-Textausgabe-Mit neuem Schuldrecht, Deutscher Anwalt Verlag, Bonn, 2002, p. 73.

II- Deveres de boa-fé potencializada no CDC: informação, transparência, cooperação e renegociação nestes contratos financeiros

Interessante repetir como a jurisprudência brasileira tem-se bem utilizado da cláusula geral de boa-fé, introduzida expressamente pelo CDC. De 1991 a 2001, a jurisprudência do TJ/RS apresenta 3.030 decisões a utilizar o princípio da boa-fé.⁶⁸ Em 1991, quando da entrada em vigor do CDC, foram apenas 5 (cinco) decisões envolvendo a boa-fé (subjetiva-2 e objetiva-3), e em 2001 já eram 72 (setenta e duas), de janeiro a agosto, sendo que 55 citando expressamente os princípios e normas do CDC, dentre os quais se destaca, como os mais citados em conjunto com a boa-fé, o princípio da função social do contrato (em 16 destes casos) e da equidade contratual (os mesmos 16 casos), e sendo que, em 17 casos, não foi dado ganho de causa aos consumidores e nos demais 38 casos obtiveram os consumidores a decisão favorável.

Examinando-se esta rica e bela jurisprudência do TJ/RS, observa-se que muitos destes casos envolvem contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários, onde a boa-fé objetiva foi utilizada para impor deveres anexos, como o dever de informar (A) previamente ao consumidor, o dever de cooperação (B), especialmente em contratos envolvendo seguros,⁶⁹ dever de lealdade na correção das quantias,⁷⁰ dever de cuidado na cobrança de dívidas⁷¹. Da mesma forma, a boa-fé é utilizada como limite a determinar o abuso, em especial a invalidade das cláusulas em contratos

⁶⁸ Agradeço a pesquisa exaustiva, cópia dos acórdãos e elaboração das estatísticas aos integrantes de meu grupo de pesquisa CNPq/UFRGS, em especial à acadêmica Marília Zanchet e à advogada Karen Moliterno. A pesquisa foi realizada de 02.04.91 a 24.08.2001, aparecendo também outras 237 decisões com o termo boa fé sem hífen. Este universo de decisões não trata apenas de consumo, mas também de direito empresarial, posse, obrigações familiares e outras, do universo foram retiradas para pesquisa apenas as decisões envolvendo consumo de 1991 (ano de entrada em vigor do CDC) e 2001 até 24 de agosto, em um total de 77 decisões, 5 decisões de 1991 e 72 de 2001. Completada a pesquisa até 31.12.2001, chegou-se ao número de 3.030 decisões de boa-fé com hífen.

⁶⁹ Veja interessante caso, onde antes da Lei de Planos de Saúde/96, seguradora de saúde queria punir com a reabertura das carências para internação hospitalar indivíduo que no dia do pagamento estava hospitalizado em Hospital conveniado e, por isso, deixou de pagar no dia, adimplindo tão logo recebeu alta. A partir do dia do vencimento da parcela não "paga", a seguradora negou-se a cobrir seus gastos médicos, alegando que "terceiro" deveria ter pago em dia e que o doente deveria ter se preocupado com o pagamento... na convalescência... O relator Des. Loureiro Ferreira afastou a incidência de tal cláusula sob o argumento de força maior e ausência de culpa do consumidor (Ap. 592088512, TJRS, 3.a Câmara, j. 30.9.92), mas a consciência do dever de conduta conforme a boa-fé, ou do dever contratual anexo de cooperação na execução das obrigações poderia também ter evitado a lide.

⁷⁰ Bom exemplo é a EI 70.002.028.298, j. 23.03.2001, Des. Rubem Duarte, cuja ementa é: "CRT. Aquisição de ações... Caracterizada a inexistência da lealdade contratual. Necessidade de preservação do princípio da boa-fé ante a inexistência de cláusula prevendo a correção do capital integralizado. Diferença deferida com base no IGP-M." Observe-se que o relator não considera relação de consumo, pois o beneficiário do contrato é pequena lancheira.

⁷¹ Veja, por todas, a decisão no AG 70.002.771.475, j. 08.06.2001, Des. Aymoré Roque Pottes de Mello, cuja ementa é: "Ação revisional de contrato de arrendamento mercantil. Inscrição do nome do devedor fiduciante no CADIN, SERASA, SPC e assemelhados. Ilegitimidade do registro. Configura constrangimento indevido e ato de objetiva retaliação e abusividade a inscrição do nome do devedor fiduciário em órgãos de inadimplentes (SERASA, CADIN, SPC e assemelhados), quando o débito que a motiva é objeto de impugnação judicializada..."

bancários e de consórcios⁷² e de cartões de crédito,⁷³ controlando em geral os juros remuneratórios.⁷⁴

Das funções do princípio da boa-fé objetiva, porém, a mais utilizada é a função interpretadora, com expressa menção ao Art. 47 do CDC, como norma concretizadora do princípio⁷⁵ e norma que esclarece a conexão entre o negócio principal de consumo e os negócios acessórios, que até comerciais podem ser.⁷⁶ Observa-se igualmente que a jurisprudência exige um grau mais alta e qualificado de conduta segundo a boa-fé quando se trata de contrato de adesão de consumo.⁷⁷

Este impressionante exercício de concretização de uma cláusula geral e de realização do Direito dos Juizes (*Richterrecht*) leva-nos a conclusão que andou muito bem o legislador do CDC ao confiar no Judiciário brasileiro e incluir de forma expressa o princípio da boa-fé e do equilíbrio contratual.⁷⁸ Vejamos, pois, dois deveres de conduta diretamente oriundos da boa-fé (informação e cooperação) e seus possíveis reflexos.

⁷² Assim APC 7000289116, j. 22.05.2001, Des. Ney Wiedemann Neto, cuja ementa é: “Consórcio de veículo. Revisão de contrato...Incidência do CDC. É típica relação de consumo estado sob a égide da legislação protetiva do consumidor o contrato firmado entre as partes. Taxa de Administração. Percentual máximo e base de cálculo. Nula de pleno direito cláusula contratual que prevê taxa de administração de 47,58%, estabelecendo obrigação abusiva, incompatível com a boa-fé e a equidade. No contrato de consórcio criado por sociedade mercantil para a aquisição de bens de seu comércio ou fabrico (veículos automotores), a taxa de administração a ser cobrada pela administradora não pode ultrapassar o percentual máximo de 5%, calculada sobre o preço do bem.”

⁷³Veja ementa: “Negócios jurídicos bancários. Contrato de cartão de credito. Ação de revisão contratual. Aplicação do CDC. Figurando de um lado a administradora/contratada, ora apelante – que capta recursos no mercado financeiro para saldar os débitos relativos a produtos e serviços adquiridos e utilizados pelo contratante, e de outro, o cliente/contratante – que em contrapartida paga a anuidade cobrada pela administradora – estabelece cristalina relação de consumo. Falta do contrato nos autos. Incidência do CDC. Inversão do ônus da prova. Configurada a relação de consumo, com a aplicação do CDC deve-se operar a inversão do ônus da prova em favor do autor hipossuficiente. Tendo o autor requerido a juntada do contrato pelo banco, não há falar em carência de ação por falta de documentos necessários a instrução da inicial. (APC 70002197762, Des. André Luiz Planella Villarinho, j. 08/03/2001) TJ/Rs.

⁷⁴ Interessante observar esta linha da jurisprudência gaúcha que não mais utiliza a fonte constitucional, mas o CDC e as noções de boa-fé e equidade contratual para determinar o abuso na cobrança de juros, assim ensinando o voto: “As regras do art.6º, V e art. 51, IV , e § 1º , III , do CDC inviabilizama fixação de juros no patamar de 9,1% a.m., como verificado no caso concreto, por configurar-se em cobrança iniqua, de vantagem exagerada, incompatível com a boa-fé e equidade, e excessivamente onerosa ao consumidor” APC 70001754480, j. 14.03.2001, Des. Roque Miguel Frank, ementa: “Direito econômico. Contratos bancários. Revisão dos contratos em aberto. Possibilidade. Juros. Aplicação do CDC. Comissão de Permanência...Em face dos dispositivos contidos nos arts. 6º e 51 do CDC, as cláusulas contratuais não podem se constituir como prestações desproporcionais, que estabeleçam obrigações iníquas, de modo a se tomarem excessivamente onerosas ao devedor. A violação ao princípio da equidade contratual impõe a nulidade da cláusula.”

⁷⁵ Veja, como exemplo, a ApC. 70000633487, j. 28.05.2001, Des. Matilde Chabar Maia, em cuja ementa lê-se: “Ação de cobrança. Subscrição de ações. CRT. Interpretação das cláusulas contratuais da maneira mais favorável ao consumidor. Boa-fé negocial.” Observe-se que a relatora não considerou relação de consumo, mas há utilização do Art. 47 do CDC.

⁷⁶ Neste sentido exemplar a APC 70001780022, j. 22.02.2001, Des. Luiz Ary Vessini de Lima, em que em contrato assinado com a CRT anteriormente à entrada em vigor do CDC para conseguir uma linha telefônica o consumidor tinha que ser passar a ser “acionista” da Companhia: “É evidente que, à época do contrato ora tratado, a aquisição da linha estava vinculada a das ações, esta de natureza obrigatória, o que agora está modificado, não se podendo falar, todavia, em prevalência da visão societária, já que, mesmo nesta, haveria de prevalecer o princípio geral da boa-fé objetiva, máxime diante da vinculação acima salientada, com aquisição de serviço nitidamente de consumo, já protegido pelo Direito, muito embora ainda não vigente o atual Código de defesa do Consumidor” (p. 8 do voto).

⁷⁷ Exemplar é a decisão na APC 599439296, j. 28.03.2001, Des. Lúcia de Castro Boller: “CRT. Subscrição de ações...Tratando-se de contrato de adesão e inexistindo regra contratual no tocante à hipótese de variação do preço, o contrato deve ser interpretado de forma favorável ao aderente, aplicando-se o princípio da boa-fé.”

⁷⁸ Assim concorda Tepedino, Direito Civil-Constitucional, p.12.

A. Uma boa-fé protetora unilateral: informação e transparência a favor dos consumidores

Repita-se que a boa-fé serve de paradigma de conduta e paradigma de valoração da conduta das partes, sendo, pois, por sua natureza, *bilateral* (art.4,III in fine). No CDC, pela sua própria *ratio* deste Código tutelar dos consumidores (art. 5, XXXII da CF/88 e Art. 48 ADCT), a boa-fé aparece com funções mais protetoras e, por determinação legal, *unilaterais*. Como já afirmamos, a *ratio legis* do Código de Defesa do Consumidor foi justamente de valorizar este momento de formação do contrato de consumo (1) e visualizar o contrato e todas as condutas dos fornecedores como uma totalidade no tempo (2).

A tendência atual é, pois, a de examinar a “qualidade” da vontade manifestada pelo contratante mais fraco, mais do que a sua simples manifestação: somente a vontade racional, a vontade realmente livre (autônoma)⁷⁹ e informada,⁸⁰ legítima,⁸¹ isto é, tem o poder de ditar a formação e, por consequência, os efeitos dos contratos entre consumidor e fornecedor. A tendência atual é também a de examinar a conduta comercial do fornecedor, valorando-a e controlando-a, dependendo da conduta (abusiva ou não) a formação do vínculo (informações prévias, acesso ao contrato, envio de mercadorias não requeridas etc.)⁸² e a interpretação de quais as obrigações, as quais o consumidor está vinculado (cláusulas, promessas dos vendedores, prospectos, publicidades, *sites* etc.).

⁷⁹ Neste sentido, veja decisão do STJ, in Resp. 95.625-MG, DJ 09.06.1997, Min. Waldemar Zweiter, cuja ementa ensina: “Processual Civil - Ação cautelar - Letra de Câmbio - Contrato consigo mesmo ... II - O princípio, assim, consubstanciado no verbete 60, do STJ e revigorado pelo legislador que, com a vigência do Código do consumidor, passou a coibir cláusulas, cuja pactuação importe no cerceio da livre manifestação da vontade do consumidor.”

⁸⁰ Veja-se exemplo do TJ/RS, caso envolvendo seguro-saúde: “Não se compreende que num contrato como o que assinam os segurados da Golden Cross, não são esclarecidos estes pontos importantes que dizem respeito a abrangência das exclusões de cobertura... (APC nº 598427227, Quinta CC, TJRS, Des. Carlos Alberto Bencke, j. 08/04/1999). E no STJ: “É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (art. 6º, III, e 10, “caput”, 31 e 52 do CDC).” (Resp. 268661-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16/08/2001).

⁸¹ Neste sentido, veja decisão do STJ, in RESP 296453/RS, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 05/06/2001, cuja ementa é: “Compra e venda de bem imóvel assinada e paga antes do contrato de financiamento entre a construtora e o banco, mediante garantia hipotecária. Ausência de consentimento dos promitentes compradores. Cláusula que institui mandato para esse fim considerada abusiva, a teor do art. 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. 1. Considerando o Acórdão recorrido que o bem foi comprado e integralmente pago antes do contrato de financiamento com garantia hipotecária, que os adquirentes não autorizaram a constituição de tal gravame, que sequer o mandato foi exercido e, ainda, que é abusiva a cláusula que institui o mandato, a teor do art. 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não existe afronta a nenhum dispositivo sobre a higidez da hipoteca, presente a peculiaridade do cenário descrito.”

⁸² Neste sentido destaque-se a Portaria nº 001, de 15 de março de 2001, do Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que em seu Art. 1, estabelece como abusiva a cláusula que, violando este dever pós-contratual de cooperar: “informar: 1. estipule presunção de conhecimento por parte do consumidor de fatos novos não previstos em contrato informar: “1. estipule presunção de conhecimento por parte do consumidor de fatos novos não previstos em contrato.” e “8. considere, nos contratos bancários, financeiros e de cartões de crédito, o silêncio do consumidor, pessoa física, como aceitação tácita dos valores cobrados, das informações prestadas nos extratos ou aceitação de modificações de índices ou de quaisquer alterações contratuais.”

1. O dever de informar e a transparência nos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários

O CDC, expressamente, face ao déficit informativo típico dos consumidores,⁸³ impõe os deveres de boa-fé apenas para o fornecedor: é este agente econômico que deve informar e é este agente que responde pelas falhas e defeitos da informação, nas fases pré e pós-contratual e contratual (ex vi artigos 8, 9, 10, 12, 14, 18, 20, 30, 31, 33, 34, 35, 40, 43, 46, 48, 52, 54 do CDC). Note-se a unilateralidade da lei tutelar, que impõe deveres ao fornecedor e assegura direitos aos consumidores, uma vez que ao consumidor é assegurado um direito de “liberdade de escolha” (art. 6, II in fine), de informação (Art. 6, III) e de proteção contra abusos informativos (art. 6, IV). Em matéria de serviços bancários, de crédito e financeiros o CDC impõe ao fornecedor um dever de informar qualificado, que aqui será denominado de “dever de transparência”, inspirado no *Transparenzgebot* do direito alemão.

Em resumo, o Código de Defesa do Consumidor tem como fim justamente reequilibrar as relações de consumo, harmonizando e dando maior transparência às relações contratuais no mercado brasileiro (art. 4.º do CDC).⁸⁴ Para alcançar este equilíbrio de forças nas relações contratuais atuais, o CDC opta por regular também alguns aspectos da formação do contrato, impondo novos deveres para o elaborador do texto (fornecedor) e assegurando novos direitos para o consumidor (aderente) quando da formação das relações contratuais de consumo (art. 6.º, II, III e IV), dentre eles o direito de livre escolha e o seu instrumental direito de informação.

O dever de informar (*Informationspflicht*) foi imposto aos fornecedores pelos arts. 6, III, 8, 10, 12, 14, 18, 20, 30, 31, 33, 34, 35, 46, 51, 52 e 54 do CDC. Sobre o tema há que se mencionar que o dever de informar já é visualizado na fase pré-contratual, fase de tratativas entre o consumidor e o fornecedor, quando o consumidor escolhe, de forma livre (Art. 6, II

⁸³ Sobre déficit informacional veja FRADERA, Vera, “O Dever de Informar do Fabricante”, in RT 656/53-71.

⁸⁴ Assim ensina o TJ/RS: “Negócio jurídico bancário... Violação de princípios. Prevalece atualmente o princípio da relatividade do contrato, como forma de assegurar o equilíbrio da relação contratual, mediante a concretização de preceitos tais como o da liberdade e igualdade entre as partes e da boa-fé.” (APC 7000454934, Des. André Luiz Villamo, j. 27.03.2001

do CDC), racional e informada (Art. 6, III do CDC),⁸⁵ por exemplo, o financiamento ou leasing do carro que pretende adquirir, ou qual o seguro de vida ou o plano de saúde deverá proteger sua família pelos próximos anos, tipo, quais são as carências e as exclusões da cada tipo de plano etc.⁸⁶ Aqui as informações são fundamentais para a decisão do consumidor (qualidade, garantias, riscos, carências, exclusões de responsabilidade, existência de assistência técnica no Brasil etc.)⁸⁷ e não deve haver indução ao erro,⁸⁸ qualquer dolo ou falha na informação por parte do fornecedor ou promessas vazias,⁸⁹ uma vez que as informações prestadas passam a ser juridicamente relevantes, integram a relação contratual futura e, portanto, deverão depois ser cumpridas na fase de execução do contrato, positivando a antiga noção da proibição do *venire contra factum proprium*.⁹⁰

⁸⁵ Neste sentido, exemplar a decisão do STJ, ordenando a informação do consumidor sobre os preços nos supermercados, in MS 5986/DF, Min. GARCIA VIEIRA 13/10/1999, cuja ementa é: "Direito do consumidor - Preço - Produtos - Supermercados - Exigência - Código de defesa do consumidor. Um dos princípios básicos em que se assenta a ordem econômica é a defesa do consumidor. A Lei nº 8.078/90, em seu artigo 6o, inciso III, relaciona entre os direitos básicos do consumidor: "A informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como, sobre os riscos que apresentam." Veja também MS 5943/DF; Min. Nancy Andrighi, j. 29/02/2000: "Processo civil. Constitucional. Direito do consumidor. Mandado de Segurança. Código de defesa do consumidor. Art. 6º, inciso III, e Art. 31. Decreto n.º 90.595/84. Portaria super 02/96 da extinta Sunab. Sistema de código de barras para indicar os preços das Mercadorias. Supermercados. Processo administrativo n.º 08012.001556/98-18. Adoção em caráter alternativo: de afixação Direta, nos bens expostos à venda, mediante etiquetas ou similares, do respectivo preço à vista; ou, na hipótese de existência de código de barras (DEC. 90.595/84), proceder à informação dos preços das mercadorias em lista aposta em local visível ao consumidor. Ausência de direito líquido e certo. Defesa da ordem econômica. Direito do consumidor à informação adequada e clara. segurança denegada. I - É necessária a colocação de etiquetas em todos os produtos, mesmo se adotado mecanismo de código de barras com os esclarecimentos nas gôndolas correspondentes. II - Por ser assegurado ao consumidor o direito de informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, não há que se falar em "intervenção abusiva no domínio econômico", com desrespeito aos arts. 1º, IV, 170, "caput" e inciso II e 174, "caput", todos da C.F.-88, porque incensurável o despacho proferido pelo Excelentíssimo Ministro de Estado da Justiça, publicado no DO 1, de 14-08-98."

⁸⁶ Neste sentido a decisão do TJ/RS, cuja ementa é: "Civil. Seguro-saúde... A ausência de explicação conceitual, ao nível do homo medius, do verdadeiro significado de doença crônica, também conduz a iniquidade da cláusula e a torna abusiva. não se compreende que num contrato como o que assinam os segurados da ..., não são esclarecidos estes pontos importantes que dizem respeito a abrangência das exclusões de cobertura. A inespecificidade e a falta de conceito tornam a cláusula passível de anulabilidade, a teor do art. 115 do Código civil. Tal dispositivo encontra redação mais clara e moderna no artigo 51, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, mas ambos buscam praticamente o mesmo escopo, que o e de proteger uma das partes da relação contratual contra o arbítrio da outra. Apelo provido. (APC nº 598427227, TJRS, Relator: Des. Carlos Alberto Bencke, julgado em 08/04/1999)

⁸⁷ Assim TJ/RS, APC 597095827, Des. Antônio Guilherme Tanger Jardim, j. 26/06/1997: "Contrato de compra e venda de título de uso de instalações hoteleiras ("time sharing"). Método abusivo de venda. Descumprimento do dever de informar. Nulidade do contrato. Litigância de má-fé inexistente. É nulo o contrato resultante de método agressivo de venda, pelo qual, o consumidor e atraído a um local preparado e submetido a pressão psicológica para assiná-lo, sem que possa se inteirar do alcance de suas cláusulas. A litigância de má-fé diz respeito a má-fé processual, não à utilizada quando da contratação."

⁸⁸ Veja decisão do TJ/RS: "Contrato... Time-sharing... Artigos 6º, IV, 37, 46 e 53 do Código de Defesa do Consumidor. Demonstrado que o contrato particular de promessa de compra e venda de fração ideal foi firmado diante do induzimento em erro do comprador, diante de falsa promessa ou omissão sobre dificuldades, agravada pela forte pressão exercida quando da assinatura da avença por propaganda exagerada e apelativa,... (APC 700011471523, 17ªCC, Des. Elaine Harzheim Macedo, j. 03/10/2000).

⁸⁹ Assim o TJ/RS: "Agravado de instrumento. Ação coletiva de consumo. Antecipação de tutela. Decisão confirmada. O fato de ter sido dado destaque em suas embalagens, invólucro, ou, mesmo anúncio, a palavra "natural" pode gerar nos consumidores a falsa idéia de que o produto é natural, de que seus componentes são naturais, justificando a concessão da liminar... (AGI nº 70001147586, Des. João Pedro Freire, j. 07/03/2001)

⁹⁰ LARENZ, pp. 26, 27, 28.

Na fase pré-contratual, no momento de tomada de decisão pelo consumidor, também deve ser dada a oportunidade do consumidor conhecer o conteúdo do contrato (expressamente art. 46 do CDC), de entender a extensão das obrigações que assume e a abrangência das obrigações da prestadora de serviços, daí a importância do destaque e clareza das cláusulas contratuais (Art. 54 do CDC).⁹¹ É a nova transparência obrigatória nas relações de consumo (art. 30, 33, 34 e 48 do CDC), em que vigem um novo dever de informar (art. 30, 31, 12, 14, 18 e 20 do CDC), imputado ao fornecedor de serviços e produtos, e uma nova relevância jurídica da publicidade, instituída pelo CDC como forma de proteger a confiança despertada por este método de *marketing* nos consumidores brasileiros.

Esta inversão de papéis, isto é, a imposição pelo CDC ao fornecedor do dever de informar sobre o produto ou serviço que oferece (suas características, seus riscos, sua qualidade) e sobre o contrato que vinculará o consumidor, inverteu a regra do “*caveat emptor*” (que ordenava ao consumidor uma atitude ativa: se quer saber detalhes sobre o plano de saúde, informe-se, descubra o contrato registrado em cartório no Rio de Janeiro ou São Paulo... atue ou nada poderá alegar...) para a regra do “*caveat venditor*” (que ordena ao vendedor ou corretor de planos de saúde que informe sobre o conteúdo desse, riscos, exclusões, limitações etc.). Estabeleceu-se, assim, um novo patamar de conduta, de respeito no mercado, que não admite mais sequer o *dolus bonus* do vendedor, do atendente, do representante autônomo dos fornecedores, face ao dever legal. Este dever legal de atuação conforme à boa-fé sempre que o fornecedor realiza ato negocial visando atrair consumidores como clientes e criando expectativas legítimas é reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça.⁹²

Interessante repetir que a doutrina estrangeira visualiza dois tipos de deveres de informação, o primeiro denominado dever de “conselho” ou aconselhamento, e o segundo, dever de esclarecimento simples. O dever de esclarecimento (*Aufklärungspflicht*, em alemão) obriga o fornecedor do serviço informar sobre a forma de utilização e a qualidade dos serviços. Em resumo, hoje o contrato é informação, daí a importância de sua interpretação sempre a favor do contratante mais fraco e das expectativas legítimas nele criadas por aquele tipo de contrato. Neste momento, o elaborador do contrato e aquele que o utiliza no mercado de consumo, o fornecedor, devem ter em conta o seu dever próprio de informar, que inclui o

⁹¹ Assim ensina o Superior Tribunal de Justiça: “Seguro-saúde. Limite temporal de internação. Cláusula limitativa. Redação com destaque....- Vulnera a lei a decisão que considera válida cláusula limitativa de obrigação da estipulante, inserida no contrato sem destaque (art. 54, par. 4º, do CDC). Recurso conhecido e provido.” (in Recurso Especial 21.423-7-RJ, j. 02.08.2001, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

⁹² Veja ementa: ‘Seguro de assistência médico-hospitalar – Plano de assistência integral (cobertura total)’, Assim nominado no Contrato. - As expressões ‘assistência integral’ e ‘cobertura total’ são expressões que têm significado unívoco na compreensão comum, e não podem ser referidas num contrato de seguro, esvaziadas do seu conteúdo próprio, sem que isso afronte o princípio da boa-fé nos negócios. Recurso especial não conhecido. (in Recurso Especial 26.456-2-SE, j. 13.08.2001, Rel. Min. Ari Pargendler)

dever de redação clara e com destaque, além do dever de considerar a condição leiga do outro, evitando dubiedades na redação contratual.⁹³

Para que o *homo medius* entenda as obrigações que está assumindo, daí a importância de sancionar a prática de não destacar as cláusulas limitativas dos direitos dos consumidores, como esta fazendo o STJ,⁹⁴ pois não destacar as cláusulas é não informar corretamente, o que coloca o fornecedor em violação contratual (art. 54, §4º).

O dever de informar foi, pois, imposto ao fornecedor e o aplicador da lei deve interpretar toda a relação contratual (publicidade, promessas, pré-contratos, prospectos, contrato, silêncios, adendos, práticas e cláusulas etc) sempre a favor do consumidor (Art. 47 do CDC), para só após definir se houve abuso ou não.⁹⁵

2. Um dever de informar durante toda a execução dos contratos bancários, financeiros, de crédito e securitários

No V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, Belo Horizonte, 2 de maio de 2000, no painel referente ao Direito Básico à Informação, a conclusão nr. 3 foi aprovada por unanimidade e ensina expressamente: "*Os deveres de Informação nos contratos de prestação de serviços aplicam-se nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual.*"

Assim, na fase pós-contratual, face aos riscos descobertos posteriormente à prestação principal nos produtos e serviços, há necessidade de alerta, de informação da massa de consumidores (e do *recall* impostos pelo CDC),⁹⁶ da mesma forma, a

⁹³ Assim decidiu, sobre o dever de redação clara e com destaque, o Superior Tribunal de Justiça: "Direito Civil. Contrato de seguro-saúde. Transplante. Cobertura do tratamento. Cláusula dúbia e mal redigida. Interpretação favorável ao consumidor. Art. 54, § 4º, CDC. Recurso Especial. Súmula/STJ, Enunciado 5. Precedentes. Recurso não-conhecido...II - Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga." (in Recurso Especial 31.150-9-SP, j. 25.06.2001, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)

⁹⁴ Veja decisão já citada, Resp 214237/RJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar j. 02/08/2001, "Seguro-saúde. Limite temporal de internação. Cláusula limitativa. Redação com destaque. - A Segunda Seção decidiu ser nula a cláusula limitativa do período de internação hospitalar do segurado (Art. 51 do CDC). - Vulnera a lei a decisão que considera válida cláusula limitativa de obrigação da estipulante, inserida no contrato sem destaque (art. 54, par. 4º, do CDC). Recurso conhecido e provido."

⁹⁵ "Ação Monitória – Cartão De Crédito – Cobrança – Saldo Devedor – Cláusula Contratual – Alteração – Cartão de crédito. Cobrança de saldo devedor. Principal não contestado. Inconformismo limitado aos encargos da dívida. Ausência de comprovação pela Administradora do atendimento ao disposto nos artigos 46, 52 e 54 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, que tenha previamente à celebração do acordo informado ao consumidor sobre os parâmetros das bases contratuais, permitindo-lhe entender de forma adequada o negócio pactuado." TJRJ – AC 2.622/98 – Reg. 220998 – Cód. 98.001.02622 – RJ – 14ª C.Civ. – Relª Juíza Maria Henriqueta Lobo – J. 30.06.1998), in Revista Jurídica 267,jan/2000, ementário nr. 15653.

⁹⁶ Veja Art. 8 e seg. do CDC. Em levantamento realizado pelo Bolsista CNPQ/UFRGS Lucas Annes, nos 53 recalls realizados pelo Ministério da Justiça/SDE/ DPDC de 2000 a 2002, chama a atenção que 82% destes eram referentes à veículos (carros, microônibus, motos etc.), os outros eram referentes a remédios, computadores, pneus e eletrodomésticos (máquina de lavar, ar condicionado, televisores). Frisamos aqui a importância deste dever de informar/vigiar e recolher/consertar para prevenir danos coletivos aos consumidores, veja, por todos, o Caso Corsa/Tigra, in RDC 40/288-298, este recall por defeito nos cintos de segurança iniciou com vítima fatal em Belo Horizonte e outros 25 acidentes e chegou a conclusão que o cinto de segurança de mais de um milhão de veículos (1.062.737) poderia se soltar em colisões acima de 50km/h.

maneira de atual massificada de cobrança de dívidas através de bancos de informação⁹⁷ demonstra a importância de manter-se o fluxo informacional do fornecedor⁹⁸ para com o consumidor (dever de aviso de abertura de cadastro, imposto pelo CDC), uma vez que com esta técnica massificada o déficit informativo entre o consumidor-leigo e o fornecedor-profissional aumenta.⁹⁹ Nos contratos cativos de longa duração,¹⁰⁰ como nos contratos bancários e de cartão de crédito¹⁰¹ por exemplo, quando os contatos com prepostos, as informações por meios eletrônicos e em caixas eletrônicos e as informações parciais através de extratos multiplicam-se, é que deve ser de “boa-fé” a conduta do fornecedor, cumprimento seus renovados deveres de informar corretamente os consumidores.¹⁰²

⁹⁷ O uso dos bancos de dados para cobrar dívidas aumenta a defasagem informativa entre o consumidor e o fornecedor, daí o dever de aviso que o CDC impõe ao fornecedor, quando da abertura destes cadastros negativos. Veja, exemplar, a decisão do STJ, in Resp 292045/RJ, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 27/08/2001, cuja ementa ensina: “Dano moral. Cadastro negativo. Art. 73 do Código de Defesa do Consumidor. 1. Não tem força a argumentação que pretende impor ao devedor que quita a sua dívida o dever de solicitar seja cancelado o cadastro negativo. O dispositivo do Código de Defesa do Consumidor configura como prática infrativa “Deixar de corrigir imediatamente informação sobre o consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata”. Quitada a dívida, sabe o credor que não mais é exata a anotação que providenciou, cabendo-lhe, imediatamente, cancelá-la.”

⁹⁸ Neste sentido destaque-se a Portaria nº 001, de 15 de março de 2001, do Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que em seu Art.1, estabelece como abusiva a cláusula que, violando este dever pós-contratual de cooperar: “6. autorize, em virtude de inadimplemento, o não fornecimento ao consumidor de informações de posse do fornecedor, tais como: histórico escolar, registros médicos, e demais do gênero;”

⁹⁹ Neste sentido exemplar a decisão, da Min. Fátima Nancy Andrighi, in Resp. 299501/MG, 11/09/2001, em cuja ementa é: “ Revisão de contrato - Arrendamento mercantil (leasing) - Relação de consumo - Indexação em moeda estrangeira (dólar) - Crise cambial de janeiro de 1999 - Plano real. Aplicabilidade do art. 6, inciso V do CDC - Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. - É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (art. 6º, III, e 10, “caput”, 31 e 52 do CDC).”

¹⁰⁰Veja o nosso Contratos,3.Ed., p.68ss.

¹⁰¹ Da mesma forma, no referido V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, 3 conclusões voltadas para os contratos relacionais, que perduram no tempo, devemos citar: “7. O princípio da informação adequada nos contratos relacionais de consumo envolve o dever de informar não apenas no momento da celebração contratual, mas durante todo o período da performance ou execução contratual. (aprovada por unanimidade) 8. O CDC (artigos 6º, incisos III e V; 20º, § 2º; 31; 36; 37; 46 e 66) constitui fundamento legal claro suficiente para obrigar a informação adequada ao consumidor nos contratos relacionais de consumo. (aprovada por unanimidade) 9. É dever do fornecedor nos contratos relacionais de consumo manter o consumidor adequada e permanentemente informado sobre todos os aspectos da relação contratual, especialmente aqueles relacionados ao risco, qualidade do produto ou serviço ou qualquer outra circunstância relevante para a sua decisão de consumo, durante todo o período em que perdurar a relação contratual. (aprovada por unanimidade).”

¹⁰² Assim, exemplar, é a decisão do Min. Ruy Rosado de Aguiar, mesmo em relação comercial, veja Resp 250.523/SP, 19/10/2000, cuja ementa ensina: “Conta corrente. Apropriação do saldo pelo banco credor. Numerário destinado ao pagamento de salários. Abuso de direito. Boa-fé. Age com abuso de direito e viola a boa-fé o banco que, invocando cláusula contratual constante do contrato de financiamento, cobra-se lançando mão do numerário depositado pela correntista em conta destinada ao pagamento dos salários de seus empregados, cujo numerário teria sido obtido junto ao BNDES. A cláusula que permite esse procedimento é mais abusiva do que a cláusula mandato, pois, enquanto esta autoriza apenas a constituição do título, aquela permite a cobrança pelos próprios meios do credor, nos valores e no momento por ele escolhidos. Recurso conhecido e provido.”

Realmente, hoje, face à complexidade das prestações de serviços atuais, é na fase da execução contratual que o dever de informar, como fazer de boa-fé, como fazer de cooperação e lealdade, valoriza-se e torna-se realmente essencial para a harmonia de relações entre consumidor e fornecedor (Art. 4, III do CDC). Note-se que o dever de informar é, pois, “anexo” a toda a relação contratual, acompanhando-a do nascimento à morte total, não se esgotando na fase pré-contratual.¹⁰³

Assim, manifestou-se a jurisprudência do STJ sobre os extratos bancários indecifráveis: “As instituições financeiras jamais se preocupam em apresentar os cálculos de forma inteligível para os seus clientes. São siglas e mais siglas que consomem a atenção até mesmo daquelas pessoas mais habituadas ao trato financeiro, que, freqüentemente, não conseguem entender o conteúdo das demonstrações. É um desafio permanente ao homem médio decifrar os extratos bancários”.¹⁰⁴

Da mesma forma, se é direito do consumidor ser informado (Art. 6, III) este deve ser cumprido pelo fornecedor e não fraudado (art. 1º do CDC), assim a cláusula ou prática que considere o silêncio do consumidor como aceitação (a exemplo do Art. 111 do novo Código Civil),¹⁰⁵ mesmo com falha da informação, não pode prevalecer (art. 24, 25), acarretando a nulidade da cláusula no sistema do CDC (Art. 51, I) e até mesmo no sistema geral do novo Código Civil (art. 424 CCB/2002).¹⁰⁶ Frise-se que a obrigação de bem explicar o plano, o contrato, o preço,¹⁰⁷ os extratos¹⁰⁸ ou o uso do objeto é do fornecedor, assim como a obrigação de entregar cópia do contrato, cópia dos documentos contratuais,¹⁰⁹ manter documento de cancelamento do

¹⁰³ Assim ensina AZEVEDO, Antônio Junqueira de, “Responsabilidade pré-contratual no Código de Defesa do Consumidor: estudo comparativo com a responsabilidade pré-contratual no direito comum”, in *Direito do Consumidor*, 18, p. 26 e 27.

¹⁰⁴ Resp. 234284-SP, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, trecho citado in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 2, abr./jun. 2000, p. 297. Ementa: “Execução de cédula de crédito comercial. Demonstrativo de débito...2. É de comum sabença que as instituições financeiras apresentam extratos indecifráveis pelo homem médio, gerando, até mesmo, dificuldades para aqueles que habituados estão ao sistema...” (Resp. 234.284/SP, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 02.05.2000, DJ 26.06.2000, p. 164)

¹⁰⁵ Assim o texto do CCB/2002: “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

¹⁰⁶ Assim o texto do CCB/2002: “Art. 424. Nos Resp. 292.942, j. 03.04.2001, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

¹⁰⁷ Veja sobre o preço, o citado MS 5986/DF, Min. Garcia Vieira 13/10/1999 e quanto à interpretação a posteriori, decisão do TJ/RS, APC 599439296, j. 28.03.2001, Des. Lúcia de Castroi Boller: “CRT. Subscrição de ações...Tratando-se de contrato de adesão e inexistindo regra contratual no tocante à hipótese de variação do preço, o contrato deve ser interpretado de forma favorável ao aderente, aplicando-se o princípio da boa-fé.”

¹⁰⁸ Assim Resp. 234.284/SP, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 02.05.2000, DJ 26.06.2000, p. 164.

¹⁰⁹ Assim decisão do TJ/RS, in APC 70001562370, j. 11.10.2000, Rel. Des. José Aquino Flores de Camargo, 20ª Câm. Cível, cuja ementa é: “Exibição de documentos. Documento comum às partes- art. 358, III, do CPC. Dever de lealdade e boa-fé inerente aos negócios jurídicos”. E onde se lê: “Não calha o argumento do réu no sentido de que teria entregue os documentos e estaria a cargo do autor a juntada deste. Trata-se de documentos comuns às partes, não podendo o banco se negar a fornecê-los, diante do dever de lealdade e boa-fé inerente aos negócios jurídicos.”

contrato,¹¹⁰ e informar o cancelamento da dívida aos bancos de dados,¹¹¹ além da obrigação de preencher e ler bem os documentos contratuais (bancários).¹¹²

O dever de informar é do fornecedor¹¹³ e o aplicador da lei deve interpretar toda a relação contratual (publicidade, promessas, pré-contratos, prospectos, contrato, silêncios, adendos, práticas e cláusulas etc.) sempre a favor do consumidor, para só após definir se houve abuso ou não.¹¹⁴ Assim resume o STJ: “II – O caráter de norma pública atribuído ao Código de Defesa do Consumidor derroga a liberdade contratual, para ajustá-la aos parâmetros da lei, impondo-se a redução da quantia a ser retida pela promitente vendedora a patamar razoável, ainda que a cláusula tenha sido celebrada de modo irretirável e irrevogável.”¹¹⁵

B) Dever de cooperação: entre um dever geral de renegociação e o superendividamento do consumidor

Define Leitão Marques, “...o sobreendividamento, também designado por falência ou insolvência de consumidores, refere-se às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto das suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que o não possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis.”¹¹⁶

¹¹⁰ Assim decisão: “Código do consumidor. O CDC dá especial relevância à informação que o fornecedor de bens e serviços deve prestar ao consumidor (arts. 30,36,37 e 46). Em não fornecendo sequer uma via do contrato ou prova do pedido de cancelamento a administradora deixou de cumprir suas obrigações legais, pelo que deve arrostar com os prejuízos decorrentes. Relapsia demonstrada com a cobrança de fatura relativa a gastos verificados após constar de seus assentamentos a nota de cancelamento do cartão. Foi indevida a negatificação do consumidor no cadastro de inadimplentes pelo que deve suportar o ressarcimento dos danos morais. Recurso improvido.” (Ap.Civ. 5389/98 Reg. 210898, 98.001.05389, TJ/RJ, 5Ccv, un., Des. José C. Figueiredo, j. 24/06/98).”

¹¹¹ Exemplar a decisão já citada do STJ, in Resp 292045/RJ, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 27/08/2001.

¹¹² Assim decisão: “Dano Moral. Serviço bancário. Preenchimento do ‘doc’ por funcionário do banco. Omissão de dígito. Incumprimento do contrato. Cadastramento da consumidora no Bacen. Responsabilidade pelo fato do serviço. ...O preenchimento do documento de transferência interbancária por funcionário do banco, obriga-o a fazê-lo com diligência e transfere ao banco a responsabilidade por eventual acidente de consumo, ou seja, dano ocasionado ao consumidor pela exteriorização do vício de qualidade do serviço.” (TJ/RS, Ap.C. 599 428.976, j. 17.11.1999, Des. Matilde Chabar Maia).”

¹¹³ Veja decisão do TJRJ – AC 2.622/98 – Reg. 220998 – Cód. 98.001.02622 – RJ – 14ª C.Civ. – Relª Juíza Maria Henriqueta Lobo – J. 30.06.1998), in Revista Jurídica 267, jan/2000, ementário nr. 15653.

¹¹⁴ A Portaria nr. 001/2001 do SDE/MJ bem esclarece a ligação entre a informação e a abusividade da cláusula (ou prática) afirmando a nulidade das cláusulas que: “1. estipule presunção de conhecimento por parte do consumidor de fatos novos não previstos em contrato.” e “8. considere, nos contratos bancários, financeiros e de cartões de crédito, o silêncio do consumidor, pessoa física, como aceitação tácita dos valores cobrados, das informações prestadas nos extratos ou aceitação de modificações de índices ou de quaisquer alterações contratuais.”

¹¹⁵ Resp. 292.942, j. 03.04.2001, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira.

¹¹⁶ Leitão Marques, Manuel et alii, O endividamento dos consumidores, Lisboa, Almedina, 2000., p. 2.

A doutrina européia, acompanhando a objetivação das condutas e fugindo da idéia de culpa subjetiva contratual, tende a superar a diferença entre fatos subjetivos e objetivos supervenientes e prefere hoje analisar o inadimplemento do consumidor de boa-fé ou o superendividamento como sendo ‘activo’ ou ‘passivo’. Assim ensina Leitão Marques: “O *sobreendividamento* pode ser *activo*, se o devedor contribui activamente para se colocar em situação de impossibilidade de pagamento...;ou *passivo*, quando circunstâncias não previsíveis (desemprego, precarização do emprego, divórcio, doença ou morte de um familiar, acidente, etc.) afectam gravemente a capacidade de reembolso do devedor, colocando-o em situação de impossibilidade de cumprimento.” (grifos dos autores).¹¹⁷

Este é um tema considerado quase “tabu” pelas Instituições financeiras e Administradoras de Cartões de Crédito, face à grande insolvência dos consumidores no Brasil.¹¹⁸ A verdade é que nas sociedades de consumo consolidadas, o tema do superendividamento é tratado como problema jurídico que é, legislações especiais são preparadas para evitar (prevenção) e dirimir este problema (tratamento), que faz parte do sistema das sociedades de consumo.¹¹⁹ Nestes países há sempre uma espécie de “falência civil” dos consumidores e suas famílias, a evitar a “morte” total do “homo economicus”, afinal os contratos de consumo devem ser momentos de cooperação e lealdade e não de “destruição” e “falta de opções” do parceiro contratual mais fraco.¹²⁰

O novo Código Civil Brasileiro, aprovado em 10 de janeiro de 2002, reforça esta tese da necessidade de se pensar seriamente no Brasil sobre superendividamento, pois ao unificar as obrigações civis e comerciais e ao criar a figura do empresário, deixa ao direito do consumidor –direito especial- a proteção do contratante mais fraco nestas relações mistas (entre civil-consumidor e comerciante-fornecedor). Assim, o privilégio da falência e concordata comercial não mais se sustenta, se em verdade o superendividamento é fenômeno que atinge ao consumidor-leigo e sua prevenção e tratamento deve fazer parte da proteção contratual deste sujeito vulnerável nas sociedades de consumo, não só no primeiro mundo.

¹¹⁷ Leitão Marques et alii, p. 2.

¹¹⁸ Veja meu citado artigo de 1996 sobre crédito ao consumo, in RDC 17, p. 55 e 56, onde concluo também: “Constatamos que a lei não menciona aspectos importantes para as relações de crédito, como a imposição de um prazo de reflexão especial, ou a declaração expressa do vínculo entre o contrato de consumo principal e o contrato acessório de crédito, assim como um regime especial para o super endividamento e para a exigência de garantias pessoais superiores as possíveis para aquele determinado consumidor.

¹¹⁹ Como ensina Paisant, Gilles, “El tratamiento del sobreendeudamiento de los consumidores en derecho frances”, in RDC 41: “...el problema del sobreendeudamiento es un fenómeno económico y social duradero en nuestras sociedades occidentales.”

¹²⁰ Veja sobre o modelo norte-americano e o canadense, os estudos de José Reinaldo de Lima Lopes, Crédito ao consumo e superendividamento – Uma problemática geral, in R. Inf. legisl., 129 (1996), p. 109-115 e in RDC 17, p. 57 e seg.

A França trata o superendividamento com bastante eficiência.¹²¹ Como ensina Danielle Khayat, existem dois tipos de bancos de dados sobre endividamento dos consumidores, os bancos positivos e os bancos negativos, e dois tipos de tratamento do superendividamento, pelo direito civil geral e por leis especiais.¹²² Aqui os países principais de direito comparado são a França, a Alemanha, os Países Baixos, os Estados Unidos e o Reino Unido, que conhecessem a falência civil (ou *bankruptcy*) ou procedimentos assemelhados, que conduzem (a exceção da Alemanha) ao desaparecimento de toda ou em parte da dívida do particular após a liquidação de seus bens, com participação judicial ou acordo supervisionado pelo juiz para o rescalonamento da dívida, redução do montante, diminuição dos juros etc.¹²³

A lei especial francesa, de 31 de dezembro de 1989, define a situação de superendividamento como “caracterizada pela impossibilidade manifesta pelo devedor de boa-fé de fazer face ao conjunto de suas dívidas não profissionais exigíveis e não pagas”.¹²⁴ Como ensina o mestre Gilles Paisant, o direito do superendividamento francês também conheceu evolução lenta, com normas mais processuais e administrativas,¹²⁵ e hoje se encontra no Título III do *Code de la Consommation*.¹²⁶ Mister destacar a fonte material do direito do consumidor de prevenção e tratamento do superendividamento, uma vez que a premissa da legislação especial é justamente estar o consumidor-devedor de boa-fé subjetiva e ser a dívida não-profissional.¹²⁷ Gostaria de dividir minhas observações em dois momentos, um versando sobre o uso dos linhamentos propostos pelos direitos humanos na concreção da cláusula geral da boa-fé (1), e um segundo, analisando o dever de cooperação dos parceiros contratuais para evitar o superendividamento do parceiro mais vulnerável, dever oriundo da boa-fé, tanto no Código de Defesa do Consumidor de 1990, como no novo Código Civil unificador das obrigações civis e comerciais, aprovado em 10 de janeiro de 2002.

¹²¹ Assim ensina Paisant, in RDC 41: “En la Francia de hoy, nadie puede poner en duda la efectividad del dispositivo de tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares. Desde la entrada en vigor de la primera ley específica el 1 de marzo de 1990 hasta el 31 de diciembre de 2000 se han registrado 1.027.841 demandas de consumidores para disfrutar de sus ventajas. En 1998 hubo 117000 demandas, 142000 en 1999 y 148000 en 2000 (1). Como puede comprobarse, las demandas están creciendo. Este fenómeno es muy diversificado. Se puede estar sobreendeudado por 10 000 F o 1,5 MF. El sobreendeudado puede ser un asalariado, obrero o mando, lo mismo que un funcionario; un soltero o un matrimonio y, a menudo, un parado o un individuo divorciado. En cualquier categoría profesional o personal se pueden encontrar sobreendeudados. No existe un perfil tipo de sobreendeudado.”

¹²² Khayat, Danielle, *Le droit du surendettement des particuliers*, LGDJ, Paris, 1997, p. 12.

¹²³ Assim Khayat, p. 12 e 13.

¹²⁴ Assim Khayat, p. 11, no original: “Le législateur dut ainsi se résoudre à indiquer que la situation de surendettement est ‘caractérisée par l’impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l’ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir’...”

¹²⁵ Paisant, Gilles, “La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions”, in RTDcom. 51 (4), oct.-déc.1998, p. 743.

¹²⁶ Paisant, *La réforme*, p. 755.

¹²⁷ Sobre as premissas da legislação, veja KHAYAT, p. 11 e 12.

1) Direitos humanos do devedor na concreção das cláusulas boa-fé e bons costumes

Mister ter em conta os direitos humanos, os direitos fundamentais dos devedores, pessoas físicas, quando da concreção das cláusulas gerais de boa-fé, probidade e bons costumes. Efetivamente, após as decisões „revolucionárias“ da Corte Constitucional alemã e da Corte Federal da Alemanha,¹²⁸ a interpretação jurisprudencial destes novos limites à liberdade contratual em matéria de contratos bancários e de crédito estão na ordem do dia e constituem um dos temas atuais mais polêmicos em direito comparado. Sobre o tema escrevi: “...decisão de 1993 da Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*)¹²⁹ em matéria de controle das cláusulas de um contrato bancário impôs às Cortes inferiores a consideração do direito fundamental de desenvolvimento da personalidade (art.2,I da *Grundgesetz*), quando as cortes civis realizassem a concreção ou subsunção do que seria contrário às cláusulas gerais de respeito aos bons costumes (§138 do BGB) e à boa-fé (§242 do BGB).

A novidade foi considerar contrária aos bons costumes uma exigência mais fictiva do que real, isto é, um aval por uma pessoa sem patrimônio, um filho estudante ou uma dona de casa, sem condições reais de pagar a dívida (muito superior as suas possibilidades atuais) e que necessitaria passar toda a sua vida a trabalhar para pagá-la, uma verdadeira dívida asfixiante se exigida no futuro. Para concretizar a cláusula geral do § 138 e § 242 do BGB, as Cortes deveriam, segundo a Corte Constitucional alemã, utilizar-se da noção de direitos fundamentais do indivíduo (no caso concreto um estudante de medicina de 21 anos, que serviu de avalista da dívida do pai, um pequeno comerciante) a desenvolver sua personalidade (desenvolvimento da personalidade econômica e social) no futuro. Como consequência este contrato de garantia deveria ser considerado contrário aos bons costumes e à boa-fé, logo ineficaz, uma vez que o garante não tinha nem patrimônio, nem trabalho e estava fazendo uma quase „consignação“ de seu futuro. A Corte Constitucional expressamente ordenou às cortes civis o controle do conteúdo dos contratos de crédito e contratos bancários, nos quais o contratante mais fraco é obrigado a suportar cargas anormais para suas condições pessoais (superendividamento, no original, *Überschuldung*).

O mais interessante e revolucionário aqui é a proibição de um abuso frente a um terceiro (filho), que não é, nem será consumidor direito do crédito, e o efeito indireto dos direitos fundamentais em relações entre particulares (*Drittwirkung*). As instituições bancárias defenderam-se respondendo que o aval seria necessário para evitar a transferência de patrimônio entre pessoas da mesma família, mas a Corte não

¹²⁸ Veja decisão da Corte Constitucional Alemã de 19.10.1993, in: NJW BVerfG 1994, 36-39 e a obra de REINICKE, Dietrich e TIEDTKE, Klaus, Bürgschaftsrecht, Berlin, Luchterhand, 1995.

¹²⁹ BVerfG Beschl. v. 19.10.1993 - 1BvR 567/89 u.l.a., in: NJW 1994,36. A ementa original é a seguinte: „Die Zivilgerichte müssen - insbesondere bei der Konkretisierung und Anwendung von Generalklauseln wie § 138 und §242 BGB - die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie in Art. 2,I GG beachten. Daraus ergibt sich ihre Pflicht zur Inhaltskontrolle von Verträge, die einen der beiden Vertragspartner ungewöhnlich stark belasten und das Ergebnis strukturell ungleicher Verhandlungsstärke sind.“

modificou seu julgamento. A Corte Federal Alemã (BGH) conseguiu seguir um caminho próprio, proibindo o aval prestado pela esposa do comerciante como contrário às exigências de boa-fé e aos bons costumes, mas somente após o divórcio dos dois, quando não haveria mais o perigo da transferência de patrimônio entre eles.¹³⁰

As decisões citadas examinam contratos de crédito entre profissionais, comerciante e banco, mas a reação da jurisprudência alemã destinavam-se a proteger o parceiro mais fraco nesta relação, o garantidor, filho, esposa e terceiro. Transposta esta tendência para os contratos de crédito ao consumidor que exigem iguais garantias, as conseqüências práticas seriam muitas e tenderiam a modificar as práticas hoje existente no mercado brasileiro. As decisões alemãs representam, em minha opinião, um novo e inevitável momento do direito de proteção dos direitos fundamentais de primeira geração (Direitos políticos), unidos a defesa dos direitos fundamentais de segunda geração, como o da defesa do consumidor.”

Se estas observações já eram importantes em 1995/96, quanto mais agora que estamos prestes a assistir a entrada em vigor do novo Código Civil de 2002, com seus princípios de boa-fé, função social dos contratos, onerosidade excessiva e proibidade. As conclusões continuam válidas também no sistema tutelar do CDC, ainda mais se agora com o CCBBr./2002 até entre comerciantes serão válidas...

Resta então refletir se não haveria já, no Brasil, um dever de cooperar para evitar o superendividamento dos consumidores no Brasil?

2) O dever de cooperação para evitar o superendividamento dos consumidores em contratos cativos de longa duração (renegociação e atuação cooperativa)

Na quarta edição de meu livro sobre contratos,¹³¹ destaco que a doutrina européia atual manifesta-se pela necessidade de uma razoável equivalência de prestações, face ao princípio da igualdade no direito privado.¹³² Em especial, merece análise a tendência da doutrina alemã atual, que com base nos deveres de cooperação da boa-fé e na antiga exceção da ruína, está ativamente estudando a existência de um dever geral de renegociação nos contratos de longa duração.¹³³

¹³⁰ Decisão de 05.01.95, IX ZR 85/94, Karlsruhe, in: WM (Frankfurt), n. 6, p.237s.

¹³¹ Veja mais detalhes em nosso livro, Contratos, 4.ª Edição, Revista dos Tribunais, 2002, no prelo.

¹³² Assim BERTHIAU, Denis, Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, LGDJ, Paris, 1999, p. 429. "...l'équivalence dans l'économie générale du contrat s'impose en définitive comme étant le point d'orgue de toute réflexion sur le principe d'égalité dans le droit civil des contrats, car s'il est évident que l'exploitation de la faiblesse d'une partie contractante par l'autre doit juridiquement être traitée, il n'y a un intérêt à le faire que dans la mesure où l'équivalence dans l'économie générale du contrat s'en trouve affectée. Prendre une autre position conduit à mettre en péril l'équilibre contractuel, liés à la volonté des parties, à l'utilité du contrat et à la nécessité de sa stabilité. ...En d'autres termes la manifestation unitaire du principe d'égalité dans le contrat devrait s'orienter vers la composante de l'équivalence des prestations, entendue largement comme l'équivalence des droits et des obligations contractuels." Veja também, KHAYAT, p. 10, a qual explica a importância de prevenir o super-endividamento na França.

¹³³ Veja o estudo de MARTINEK, Michael, "Die Lehre von den Neuverhandlungspflichten- Bestandaufnahme, Kritik...und Ablehnung", in Archiv für die zivilistische Praxis, 198 (1998), p. 330 e seg., o qual apesar de negar a existência deste dever geral de renegociação (Neuverhandlungspflicht) em todos os contratos de longa duração, concorda que a doutrina majoritária o identifica em muitíssimo deles, em especial os de longa duração de consumo, p. 356 e seg.

Estes autores alemães partem da premissa de que haveria uma cláusula ou um dever de modificação de boa-fé (no caso brasileiro, com previsão expressa no Art. 6, V do CDC) dos contratos de longa duração, sempre que exista quebra da base objetiva do negócio (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) e onerosidade excessiva daí resultante. Assim, considera a parte majoritária da doutrina alemã, de que haveria uma espécie de dever *ipso jure* de Adaptação (*ipso jure-Anpassungspflicht*)¹³⁴ ou dever de antecipar e cooperar na adaptação, logo, dever (ou para alguns *Obliegenheit*)¹³⁵ de renegociar (*Neuverhandlungspflicht*) o contrato.¹³⁶

Interessante é que a doutrina alemã vai buscar no Direito Comercial (na *lex mercatoria* dos princípios dos contratos internacionais do UNIDROIT e na teoria da *Law and Economics*) a origem da aceitação deste dever, considerando *usus* comercial incluir tais cláusulas de readaptação nestes contratos,¹³⁷ retirando daí a necessidade da lei incluir claramente este dever nos contratos civis, especialmente nos entre partes com forças de negociação diferentes (onde a inclusão da cláusula é improvável), como concretização atual da boa-fé. A base deste dever é, pois, em resumo o novo *standard* de boa-fé nas negociações e na execução dos contratos no tempo. Horn¹³⁸ chega mesmo a sugerir a inclusão de um número 2 no famoso § 242 do BGB, com o seguinte texto:

“§242, Abs.2 BGB-Reformvorschlag: Se a prestação de uma das partes, em virtude de circunstâncias externas, se tornar excessivamente difícil, pode este contratante requerer uma razoável divisão dos prejuízos entre as duas partes através de adaptação do contrato, se ele não deveria contar com estas circunstâncias, em especial se este risco no sentido do contrato não lhe é normal e se a manutenção do contrato nas condições anteriores não lhe é razoável (*zumutbar*), podendo requerer também a rescisão do contrato. A adaptação (*Anpassung*) ou a rescisão (*Auflösung*) dar-se-á por consenso entre as partes ou por decisão judicial.”¹³⁹

Se o § 242 não mudou, o novo BGB-Reformado em 2000 e 2001 traz agora um direito geral de rescisão em contratos cativos de longa duração (novo § 314 do BGB-Reformado), mesmo que este direito não esteja previsto, se considerando o caso concreto e levando em conta os interesses de continuidade do vínculo, não é razoável (*zumutet*) a continuidade para uma das partes, evitando assim o superendividamento.¹⁴⁰ Mais ainda, o novo BGB-Reformado traz a figura da quebra da base do negócio (novo § 313), permitindo a adaptação do vínculo à

¹³⁴ MARTINEK, pg. 363 e seg., relata que esta Teoria é majoritária na Alemanha.

¹³⁵ Note-se que a ‘Obliegenheit’ é um dever de boa-fé menos forte, tão reduzido, que se parece quase ao ônus, porém com sanções mais importantes, veja FABIAN, p. 53.

¹³⁶ MARTINEK, p. 367, relata esta teoria de Horn, Jürgen Bauer, Horst Eidemüller, Wolfgang Harms, Herbert Kronke, Karsten Schmidt e Ernst Steindorff.

¹³⁷ MARTINEK, p. 382 e seg.

¹³⁸ Assim relata MARTINEK, p. 369, informando que também o § 315 ganharia uma nova norma regulando os prazos de graça para esta renegociação ou adaptação, p. 369 e 370.

¹³⁹ Apud MARTINEK, p. 369.

¹⁴⁰ Veja meu artigo “Código Civil alemão muda para incluir a figura do consumidor- Renasce o “direito civil geral e social” ? com Ulrich Wehner, in RDC 37, p. 271-278 e Dauner-Lieb, p. 81. Note-se que o novo §314 prevê perdas e danos, apesar da rescisão, mas evita que o consumidor “morra” atado em um contrato, como ocorre no SFH, onde se o credor nada lhe oferecer, não á saída para o comprador vulnerável e inadimplente (não consegue rescindir, não consegue vender, não consegue quitar, não consegue pagar, não consegue renegociar...não consegue seguir homo economicus).

nova base e evitando o superendividamento.¹⁴¹ Note-se que, com base, no CDC, a jurisprudência brasileira conhece estas duas linhas.

No caso do leasing em dólar,¹⁴² a resposta jurisprudencial foi exemplar quanto à proteção do consumidor, mas dispare quanto aos fundamentos. A jurisprudência brasileira chegou mesmo a manifestar-se sobre a lesão enorme¹⁴³ e pela possibilidade de modificação da cláusula de reajuste em dólar que criava onerosidade excessiva para os consumidores após a maxi-desvalorização da moeda brasileira (Art. 6,V do CDC). Muitos Tribunais optaram por permitir a rescisão contratual com base nas teorias da imprevisão, visualizando-as no CDC, outros utilizaram-se do Art. 6,V, modificando a cláusula de reajuste do preço, ora substituindo-a por outros índices, ora reequilibrando a relação e o sinalagma funcional deste tipo de contrato, intimamente ligado aos juros do financiamento.¹⁴⁴

O importante desta segunda linha de opiniões, a qual me filio, é ter concretizado a cláusula geral do Art. 6,V, como introduzindo no ordenamento jurídico brasileiro a teoria da quebra da base objetiva do negócio, preconizada por Larenz. Neste sentido, não há necessidade de que o fato superveniente do Art. 6, V seja “imprevisível”, “*bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor*” (Resp. 268661-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16/08/2001).¹⁴⁵

¹⁴¹ Veja apresentação de Dauner-Lieb, p. 8 a 12.

¹⁴² Note-se que outros negócios envolvendo crédito e financiamento, com nomes diversos, ocorrerão no mercado brasileiro na mesma época, tais como o contrato de “compra e venda [de automóvel] com assunção de dívida em moeda estrangeira”, veja bela decisão do TA-MG, in Direito do Consumidor, vol. 35, p. 329-338.

¹⁴³ O exemplo mais interessante desta linha jurisprudencial de controle de preços é do TJ/RS, em que se identifica 91% de lucro bruto como lesionado: “Arrendamento mercantil. Rescisão. Lesão Enorme. Cautelar para devolução do bem. Reintegração de Posse. Ajuizada pelo arrendatário ação cautelar para devolução do bem, falece o arrendante interesse jurídico para aforar demanda reintegratória. Lucro bruto de 91% sobre o custo do bem, em leasing de 24 meses, consiste lesão enorme ao arrendatário (art. 6, V, CDC). Nulidade de cláusula. Rescisão do contrato, com a devolução do veículo e o perdimento pelo arrendatário das parcelas pagas. Apelo improvido. Unânime.”

¹⁴⁴ Veja decisão: “O Contrato de Arrendamento Mercantil ou Leasing pode ter modificadas as cláusulas que implicam em onerosidade excessiva ao consumidor, por fatos supervenientes à data da celebração do contrato, como as cláusulas que vinculam a correção das prestações e do valor residual à variação do dólar.” (TJ-PARÁ, 2ª Cível, AI 1999301637.j. 19.03.2001, Des. Izabel Vidal de Negreiros Leão)

¹⁴⁵ A ementa completa desta belíssima decisão do STJ é: “Revisão de contrato - Arrendamento mercantil (leasing) - Relação de consumo - Indexação em moeda estrangeira (dólar) - Crise cambial de janeiro de 1999 - Plano real. Aplicabilidade do art. 6, inciso V do CDC - Onerosidade excessiva caracterizada. Boa-fé objetiva do consumidor e direito de informação. Necessidade de prova da captação de recurso financeiro proveniente do exterior. - O preceito insculpido no inciso V do artigo 6º do CDC dispensa a prova do caráter imprevisível do fato superveniente, bastando a demonstração objetiva da excessiva onerosidade advinda para o consumidor. - A desvalorização da moeda nacional frente à moeda estrangeira que serviu de parâmetro ao reajuste contratual, por ocasião da crise cambial de janeiro de 1999, apresentou grau expressivo de oscilação, a ponto de caracterizar a onerosidade excessiva que impede o devedor de solver as obrigações pactuadas. - A equação econômico-financeira deixa de ser respeitada quando o valor da parcela mensal sofre um reajuste que não é acompanhado pela correspondente valorização do bem da vida no mercado, havendo quebra da paridade contratual, à medida que apenas a instituição financeira está assegurada quanto aos riscos da variação cambial, pela prestação do consumidor indexada em dólar americano. - É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (art. 6º, III, e 10, “caput”, 31 e 52 do CDC). - Incumbe à arrendadora se desincumbir do ônus da prova de captação de recursos provenientes de empréstimo em moeda estrangeira, quando impugnada a validade da cláusula de correção pela variação cambial. Esta prova deve acompanhar a contestação (art. 297 e 396 do CPC), uma vez que os negócios jurídicos entre a instituição financeira e o banco estrangeiro são alheios ao consumidor, que não possui meios de averiguar as operações mercantis daquela, sob pena de violar o art. 6º da Lei n. 8.880/94.(STJ, RESP 268661/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16/08/2001)

A riqueza desta linha de decisão está também em ter destacado que os riscos profissionais típicos inerentes à organização da cadeia de fornecimento deste tipo de negócio (por exemplo: decisão da fonte - no reduzido mercado nacional ou no exterior de proveniência dos recursos usados para o financiamento do leasing) devem ser suportados pelos fornecedores e não podem ser transferidos para os consumidores (mesmo se lei ordinária assim autoriza), sendo abusiva a cláusula contratual que assim autorize.¹⁴⁶ Estas decisões ainda destacam a importância do direito de informação dos consumidores e do dever de aconselhamento dos fornecedores -especialistas em leasing e em captação profissional de recursos para o negócio financeiro- frente aos consumidores leigos: “É ilegal a transferência de risco da atividade financeira, no mercado de capitais, próprio das instituições de crédito, ao consumidor, ainda mais que não observado o seu direito de informação (art. 6º, III, e 10, “caput”, 31 e 52 do CDC).” (Resp. 268661-RJ, Rel. Min. Nancy Andriahi, j. 16/08/2001).

Merece destaque o fato desta linha jurisprudencial ter bem evidenciado que a técnica do CDC, de assegurar direitos materiais ao consumidor, de modificação das cláusulas excessivamente onerosas, por exemplo, e de impor deveres de informação e de abstenção do abuso aos fornecedores, per se, influencia o direito processual de defesa do consumidor, ao impor *ex vi lege* determinadas provas ao fornecedor: “A exigência de que a arrendadora prove a origem do dinheiro utilizado no contrato, para efeito de vinculação das contraprestações à variação do dólar americano, não representa inversão quanto ao ônus da prova.” (STJ, AGRESP 275391/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 19/06/2001).

¹⁴⁶ Neste sentido também a exemplar decisão do TJ-RJ, Rel. Sérgio Cavalieri Filho, j. 02.12.1999, em contrato denominado de Compra e venda de Faturamento, Assunção de dívida em Moeda estrangeira, cuja ementa ensina: “Bancos e financeiras, à luz do CDC, são fornecedores não apenas de serviços-cobrança de contas, tributos etc.- como também me de produtos da atividade comercial das financeiras, crédito este que, quando concedido ao devedor para que o utilize como destinatário final, sujeita-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor por força do disposto em seus arts. 3º, § = 2º, 52 e incisos. Viola o princípio da transparência a cláusula contratual que estabelece o reajuste das prestações pela variação do dólar sem que tenham sido dados ao consumidor todos os esclarecimentos necessários sobre os riscos e conseqüências da mesma, pelo que deve ser considerada ineficaz. Viola também dita cláusula o princípio da confiança na medida em que a súbita elevação do dólar frustrou a legítima expectativa do consumidor de que teria condições de continuar pagando as prestações até o final do financiamento e, assim, adquirir definitivamente o seu veículo. A cláusula de reajuste pela variação do dólar viola, ainda, o princípio da boa-fé objetiva porque o financiador, através dela (Cláusula), procurou transferir para o consumidor os riscos do seu negócio, riscos esses que não lhe eram desconhecidos, tanto assim que deles procurou se livrar. O CDC, em seu art. 6.V, permite expressamente a revisão das cláusulas contratuais sempre que fatos supervenientes os tornem excessivamente onerosos. Ali não mais se exige que esses fatos supervenientes sejam imprevisíveis, como na clássica teoria da imprevisão, bastando que sejam inesperados. A questão da desvalorização do real frente ao dólar é, sem dúvida, típico caso de rompimento da base do negócio jurídico, pois, embora previsível, foi um fato não esperado pelo consumidor em face das constantes promessas do governo no sentido de não alterar a política cambial. Esse fato previsível, mas não esperado, situa-se na área do risco inerente a qualquer atividade comercial, não podendo ser transferido para o consumidor...”, na íntegra in Direito do Consumidor, 34, p.281-287.

Mencione-se, igualmente, que a doutrina alemã apoia-se também no direito comercial e em decisões das cortes sobre o dever de atuar cooperativamente (*Mitwirkungspflicht*) oriundo do § 242 do BGB (Cláusula geral de boa-fé) e do espírito societário (§ 133 e 140 HGB-Código Comercial Alemão).¹⁴⁷ No direito brasileiro, face ao CDC parece também ser possível considerar-se a existência deste dever de renegociação a favor do consumidor, pois tanto o art. 6, V menciona o direito do consumidor de pedir a modificação do contrato em caso de onerosidade excessiva, quanto nos Art. 52 e 53 menciona o direito à informação, ao pagamento antecipado e devolução das quantias pagas. Logo, parece-me possível também no Brasil requerer a antecipação desta modificação e a cooperação do parceiro-fornecedor (dever de renegociação) para a readaptação do contrato (princípio de boa-fé do Art. 4, III) e sua manutenção (Art. 51, § 2º).

Note-se que a doutrina alemã também sugere um direito geral de denúncia dos contratos (cativos) de longa duração que levarem a parte mais fraca à ruína,¹⁴⁸ hoje positivado no BGB.¹⁴⁹ Semelhante direito poderia efetivamente ser extraído também no ordenamento jurídico brasileiro com base nos Art. 6, V e Art. 53 do CDC, de forma a evitar a morte do consumidor como *homo economicus* e resolver, mesmo que de forma indireta, os muitos problemas do superendividamento¹⁵⁰ no país. O direito de rescindir o contrato, mesmo inadimplente, é excepcional e só pode ser concedido à parte mais fraca, o consumidor, como se retira da *ratio legis* do Art. 54, § 2º, do Art. 51, XI e § 2º, do Art. 52, § 2º, do Art. 53 e do Art. 6, V do CDC.

Em outras palavras, se o consumidor, no sistema do CDC, tem o direito (material) de devolução razoável das parcelas pagas (Art. 53), tem o direito de escolher continuar a relação ou rescindir (Art. 54, § 2º e Art. 51, XI), tem o direito de requerer ao juiz que modifique as cláusulas excessivamente onerosas por fatos supervenientes (Art. 6, V), e o sistema determina a continuação dos contratos (Art. 51, § 2º), logo, parece-me que o consumidor tem o direito de propor a ação de rescisão e restituição das importâncias pagas (Art. 75 do CCB), mesmo que inadimplente. A jurisprudência do STJ tem sido sensível à esta necessidade subjetiva do consumidor, mesmo que já em estado de inadimplência, de conseguir rescindir os contratos cativos de longa duração, de forma a evitar sua ruína ou o superendividamento definitivo, em especial em contratos de compromisso de compra e venda de imóveis.¹⁵¹

¹⁴⁷ Assim relata decisões desde o Tribunal do Império (Reichsgericht), MARTINEK, p. 370 e seg.

¹⁴⁸ Trata-se da sugestão de um novo § 361, a para o BGB, sugestão também de Horn, relatada por MARTINEK, p. 396.

¹⁴⁹ Veja § 314 e 641 do BGB-Reformado.

¹⁵⁰ Veja Leitão Marques, p. 2.

¹⁵¹ O leading case foi o Resp. 109.331/SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 31.03.97; "Justificado o inadimplemento pela superveniência de fato impeditivo do cumprimento do contrato, com desequilíbrio resultante da desvalorização da moeda, sucessiva aplicação dos planos econômicos e diferentes critérios para atualização dos créditos, pode o devedor pleitear a extinção do contrato". Veja também Resp. 109.960-RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 24.03.97, Resp. 132.903/SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 19.12.97 e Resp. 79.489/DF, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 22.04.96.

Repita-se que, segundo o STJ, tal direito é apenas do consumidor, face ao mandamento geral de manutenção dos contratos cativos de longa duração (Art. 52,§2º), e aos mandamentos especiais tutelares apenas dos consumidores de devolução razoável das parcelas pagas (art. 53), de cooperação e lealdade (Art. 6,VI) e de modificação das cláusulas tornadas excessivamente onerosas por fatos supervenientes (Art. 6,V).¹⁵²

Importa frisar também que a teoria do adimplemento substancial (*substantial performance*)¹⁵³ reforça a idéia que cabe apenas ao consumidor rescindir o contrato ou mantê-lo e que a melhor conduta do fornecedor é renegociar seus termos ou cooperar para que o consumidor possa adimpli-lo.¹⁵⁴

Em outras palavras, quando as novas leis, como a de planos de saúde, exige uma inadimplência de 3 meses em um ano para que o fornecedor possa rescindir um contrato cativo de longa duração como este, a *ratio legis* é o dever de cooperação e o direito de manutenção dos contratos,¹⁵⁵ o reverso da moeda, é a idéia que um 'pequeno'

¹⁵² Assim depredende-se do Resp. 115.671/RS, Min. Waldemar Zveiter, DJ 02.10.00, interpretado, em voto-vista pelo min. Carlos Alberto Menezes Direito, in Resp. 200.019/SP, j. 17.05.2001, p. 4: "(Resp. 115.671/RS, DJ de 02.10.00), prevaleceu o voto do eminente Relator, o Senhor Ministro Waldemar Zveiter, no sentido de poder o comprador inadimplente 'pleitear em juízo a devolução das prestações pagas e a rescisão do pacto, em face do desequilíbrio financeiro resultante da aplicação dos sucessivos planos econômicos', presentes os artigos 51 e 53 do Código de Defesa do Consumidor...Alinhou-se o julgado, então, aos precedentes que permitem a iniciativa da ação ao comprador. Outros precedentes da 4ª turma seguem a mesma direção, admitindo que o 'comprador que deixa de cumprir o contrato alegando insuportabilidade da obrigação tem o direito de promover ação para receber a restituição das importâncias pagas', aplicando-se a regra do art. 924 do Código Civil..."

¹⁵³ Veja sobre a teoria Assis, Araken de. Resolução do contrato por Inadimplemento, S. Paulo, Ed. RT, 1991, p. 118 e seg. e Aguiar, Ruy Rosado de Jr. Do Incumprimento Contratual, Rio, Aide, 1991, p. 190 e seg.

¹⁵⁴ Assim jurisprudência do TA/RS, hoje TJ/RS: "Resolução extrajudicial. doutrina da substancial performance: sua invocabilidade. não é absoluto o direito formativo extintivo do promitente vendedor, ainda que expresso no instrumento contratual, na hipótese de mora. Se a prestação do promitente comprador encontra-se substancialmente cumprida, ao outro figurante incumbe demonstrar o seu desinteresse pelo restante da prestação, por inútil. Hipótese em que 94% do preço do negócio de promessa de compra e venda de imóvel encontrava-se satisfeito. Apelo parcialmente provido" (ApC 194194866, 7.CC, Re. Antônio Janyr Dall'Agnol Júnior, j. 30.11.94), também da mesma Câmara, ApC 195134374, Rel.Vicente Barrôco de Vasconcello, j. 20.12.1995: "Hipótese em que faltante apenas

metade de uma única prestação, havendo sido paga a quase totalidade das parcelas, isto é, oito e mais metade da última, portanto, o preço do negócio de promessa s de compra e venda de imóvel encontra-se praticamente satisfeito e, em consequência, o contrato se encontra substancialmente cumprido." E o leading case do TJ/RS: "Contrato. Resolução. Adimplemento substancial. O comprador que pagou todas as prestações de contrato de longa duração, menos a última, cumpriu substancialmente o contrato, não podendo ser demandado por resolução. Ação de rescisão julgada improcedente e procedente a consignatória." (ApC 588012666, j. 12.04.1988, Des. Ruy Rosado de Aguiar)

¹⁵⁵ Assim decidiu recentemente o STJ, in Resp. 272739/MG, DJ 02.04.2001, Min. Ruy Rosado de Aguiar: "Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Falta da última prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência de boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido de reintegração de posse."

inadimplemento do consumidor não é ‘substancial’¹⁵⁶ o suficiente para causar a rescisão por decisão do credor adimplente, se este é um fornecedor, frente a consumidor.¹⁵⁷ Como ensina o STJ em matéria securitária:

“SEGURO. INADIMPLEMENTO DA SEGURADA. FALTA DE PAGAMENTO DA ÚLTIMA PRESTAÇÃO. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. RESOLUÇÃO. A companhia seguradora não pode dar por extinto o contrato de seguro, por falta de pagamento da última prestação do prêmio, por três razões: a) sempre recebeu as prestações com atraso, o que estava, aliás, previsto no contrato, sendo inadmissível que apenas rejeite a prestação quando ocorra o sinistro; b) a segurada cumpriu substancialmente com sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato; c) a resolução do contrato deve ser requerida em juízo, quando será possível avaliar a importância do inadimplemento, suficiente para a extinção do negócio. Recurso conhecido e provido” (Resp. 76362/MT, DJ 01.04.1996, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Observações finais

A todas estas tendências atuais, Canaris denominou de “tendências de materialização do direito das obrigações contratuais” (*Tendenz zu einer Materialisierung des Schuldvertragsrechts*).¹⁵⁸ Esta ‘materialização’ de Canaris teria duas vertentes: a materialização da liberdade contratual (*Vétragsfreiheit*), onde a determinação do conteúdo contratual não seria mais subjetiva, mas objetiva ou materializada pelas exigências da lei, dos princípios da confiança e da boa-fé¹⁵⁹ e a materialização do equilíbrio ou justiça contratual (*Vétragsgerechtigkeit*), evoluindo-se para uma intervenção no conteúdo das obrigações a procura da função social dos contratos.¹⁶⁰ Trata-se, pois, de uma nova teoria contratual, positivada no CDC e, agora, no novo Código Civil Brasileiro de 2002.

¹⁵⁶ Veja também no mesmo sentido EI 197065436, TJ/RS, j. 14.03.1998, Des. Otávio Augusto de Freitas Barcelos: “Embargos Infringente. Seguro Total. Falta de pagamento da última prestação. Inadimplemento do segurado. Resolução contratual que deveria ter sido requerida em juízo. Adimplemento substancial. Devida a indenização pela perda total do bem. Precedentes do STJ.”

¹⁵⁷ Assim ensina o TJ/RS, em caso de morte do segurado sem pagar a última prestação: “Comercial. Seguro. Falta de pagamento da última prestação pelo segurado. Irrelevância. Cobertura devida. E devida a cobertura do sinistro, mesmo que o segurado não pague a última parcela do prêmio, já que ocorreu inadimplemento substancial (substantial performance) não admitindo o ordenamento pátrio a dissolução do vínculo fundada em inadimplemento relativo. Além do mais, a seguradora recebeu outras prestações após o vencimento. Precedentes do STJ” (ApC 595069923, j. 1.08.1996, Des. Araken de Assis)

¹⁵⁸ CANARIS, p. 276 e seg.

¹⁵⁹ CANARIS, p. 277 e seg.

¹⁶⁰ CANARIS, p. 289.

Esta nova visão mais optimalizada da dogmática civilista encontra expressão no belo princípio da boa-fé objetiva e sua prática, como pretendemos demonstrar, ao compilar e organizar, nesta já longa demais exposição, a bela jurisprudência sobre boa-fé dos Tribunais brasileiros. Não se diga, pois que o julgador brasileiro não sabe agir frente às cláusulas gerais. Se com apenas uma cláusula geral, o *Richterrecht* (Direito dos juízes) brasileiro já é tão rico, imagine-se quando o sistema geral do direito privado, o CC/2002 entrar em vigor. Espera-se que neste momento, as relações inter-comerciantes e entre civis, relações entre iguais, beneficiem-se desta experiência e desta prática das relações entre desiguais, um fornecedor e um consumidor.

julho de 2002

As Importações Paralelas à Luz do Princípio de Exaustão do Direito de Marca e seus reflexos nos Direitos Contratual e Concorrencial*

Cláudia Marins Adiers**

Introdução - 1 - As Importações Paralela: Conceito e Contexto 2 - As Importações Paralelas e o Direito de Marca - 2.1 - Marca: Conceito e Funções - 2.2 - Sistema Legal de Proteção à Marca - 2.3 - Direito de Marca e o Princípio da Territorialidade 3 - As Importações Paralelas e o Princípio da Exaustão do Direito de Marca - 3.1 - Caráter Nacional em Contraponto ao Caráter Internacional da Exaustão do Direito de Marca - 3.2 - Caráter Regional da Exaustão do Direito de Marca - 4 - As Importações Paralelas e Seus Reflexos Contratuais - 5 - As Importações Paralelas e Seus Reflexos Concorrenciais - 5.1 - Concorrência sob o Enfoque Público: Direito Antitrust - 5.1.1 - A Questão no Brasil - Lei 8.884/94 - 5.1.2 - A Questão nos EUA - Sherman Act - 5.1.3 - A Questão no Mercosul - 5.1.4 - A Questão na União Européia - Conclusão

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é focar e analisar as importações paralelas, entendidas, segundo definição da Liga Internacional de Direito da Concorrência¹, como *“aquelas efetuadas por cidadãos ou sociedades por sua conta ou por conta de terceiros, fora dos circuitos de distribuição exclusiva ou seletiva, num território nacional, de produtos legitimamente comercializados em outro território, seja pelo titular do direito de propriedade intelectual ou*

* Trata-se de sinopse da Monografia de idêntico título, orientada pela Professora Doutora Vera Maria Jacob de Fradera, efetuada para a conclusão do Curso de Pós-Graduação Lato Sensu - O Novo Direito Internacional, coordenado pela Professora Doutora Cláudia Lima Marques. A íntegra deste trabalho encontra-se na Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

** Advogada.

¹ Ligue Internationale du Droit de la Concurrence, uma associação científica internacional.

outros direitos associados à fabricação, à comercialização e/ou à identificação dos produtos, seja por qualquer outra pessoa com o consentimento ou a autorização do titular”. Resumidamente, trata-se da “importação de produtos contratuais distribuídos por uma rede ‘oficial’, comprados em uma outra rede geográfica”².

A relevância do tema, em um contexto de intensas negociações internacionais, de formação de blocos econômicos e o conseqüente livre fluxo de bens e serviços, e tendo-se como premissa inegável que a propriedade cada vez mais baseia-se em ativos intangíveis - propriedade imaterial - de extremo valor econômico para as empresas, está no fato de que essa prática comercial de importar produtos que ostentam marcas genuínas, produzidos pelo titular do direito, ou por seu licenciado e comercializados legalmente em um dado território, faz com que surjam litígios, exatamente porque estes produtos não foram autorizados para que fossem exportados para outro país, visto que tal ato, além de afetar o direito dos titulares de marca, prejudica licenciados e distribuidores, que possuem direitos de exclusividade de exploração econômica destes bens neste território.

Em virtude das complexas estruturas societárias das empresas, podem haver vários contextos a propiciar a entrada de produtos paralelamente importados, tais como: a) uma empresa nacional compra ou licencia os direitos de uma marca estrangeira para fabricar e vender dado produto, e, por outro lado, um importador introduz este mesmo produto, ostentando dita marca, fazendo concorrência com o primeiro; b) o titular da marca no mercado local licencia uma terceira empresa estrangeira para usar e registrar sua marca em um país estrangeiro e, este, exporta os produtos para dentro do mercado local do licenciador; e c) quando o licenciado de uma marca é uma empresa afiliada, ou é controlada pelo titular da marca, que é uma companhia estrangeira coligada.

Para a análise proposta, trabalhar-se-á o conceito, natureza e funções do Direito Real de Marca, situando-o no âmbito das Leis Nacionais e Tratados Internacionais. Estuda-se, o Princípio da Territorialidade, norteador dos Direitos de Propriedade Intelectual, o qual determina que a proteção jurídica das marcas limite-se ao território do Estado que a reconhece, e enfoca-se o Princípio da Exaustão do Direito de Marca - ou Doutrina da Primeira Venda -, que objetiva disciplinar o fenômeno das Importações Paralelas, sendo tal princípio, na sua essência, uma limitação estrutural ao *ius prohibendi* que a marca confere ao seu titular, à medida em que o impede de exercitar as ações de defesa da marca, reconhecidas no âmbito do ordenamento de cada Estado, para impedir a distribuição de produtos originais e delimitar seu caráter territorial. Visando exercer a proteção jurídica que é assegurada aos titulares do Direito de Marca, estes, igualmente, articulam em suas teses construções semelhantes ao Princípio da Exaustão, como a doutrina do consentimento implícito³.

² FEKETE, Elisabeth Kaznar. Importações Paralelas: A Implementação do Princípio da Exaustão de Direitos no Mercosul, diante do Contexto de Globalização. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros Editores, vol. 113, p. 155, conceito traduzido pela Autora a partir do original *Revenue Internationale de la Ligue Internationale du Droit de la Currence* 168, Março/1992, p. 20.

³ Partindo da concepção segundo a qual o direito sobre a marca tem um caráter absoluto, entendem alguns autores, dentre eles Plaisant e Mathély, que enquanto o objeto marcário permanece no circuito econômico a marca designa o produto e, como tal, continua a desempenhar a sua função. Logo, de acordo com esta doutrina, a marca deverá permanecer sob o controle do titular, cujo direito não se esgotará com a primeira venda do objeto marcado. PLAISANT, R.. *Droit Européen de la Concurrence*, Paris, 1966 e MATHÉLY, Paul. *Le Droit Français des brevets d'invention*. Paris, 1974.

Após desenvolvidos os aspectos estruturais preliminares, serão enfocadas as Importações Paralelas e seus reflexos no Direito Contratual e do Direito da Concorrência, estudando-se tanto a eficácia interna dos contratos - ou a que relaciona as partes contratantes entre si, resultante diretamente do vínculo contratual -, quanto a eficácia externa - ou, de sua relação face a terceiros estranhos à relação contratual. Igualmente, serão vistos os reflexos dos direitos e obrigações constituídos através dos contratos, bem como a situação de terceiros, que não estejam vinculados àqueles contratos, mas ainda assim, possuem o generalíssimo dever de não prejudicarem os outros.

Ao articular os Direito de Propriedade Industrial, conciliando os interesses antagônicos do titular do direito, que pretende um monopólio, e o da coletividade, no livre exercício do comércio e indústria, o Estado é norteado por objetivos de fomento do progresso econômico⁴, o que confere àqueles direitos um caráter acentuadamente instrumental, até porque a definição do seu conteúdo e alcance depende das exigências históricas da evolução da Economia. Deste modo, o reconhecimento deste Direito pelo Estado não confere ao titular prerrogativas absolutas ou incondicionais. Por um lado, pelo óbvio limite do abuso de poder e, por outro, porque a concessão de um Direito de Propriedade Industrial, em virtude de sua natureza instrumental, se traduz unicamente na atribuição, ao titular, dos poderes indispensáveis à fruição do seu direito, no respeito dos interesses que justificaram a respectiva consagração legal. Assim, necessário que se estude os reflexos que as Importações Paralelas têm sobre o Direito da Concorrência.

1 - AS IMPORTAÇÕES PARALELAS: CONCEITO E CONTEXTO

O termo *importação paralela* refere-se ao fenômeno pelo qual os produtos, ostentando uma marca genuína devidamente registrada, fabricados em um determinado país pelo titular da marca, seus afiliados ou licenciados, são importados sem o consentimento do titular da marca no mercado local. Assim, tais produtos irão competir diretamente com aqueles comercializados pelo fabricante ou distribuidor legalmente autorizados para tal, fazendo concorrência entre a mesma marca, pois, ambos tratam-se de produtos genuínos, protegidos pelo Direito de Marca e não de produtos contrafeitos⁵. As importações paralelas viabilizam-se devido a diversas causas⁶, mas, de qualquer forma,

⁴ "A tecnologia é análoga ao capital pelo fato de os recursos destinados no momento ao investimento nos aperfeiçoamentos tecnológicos deverem permitir uma produção maior no futuro. Todavia, existe uma diferença muito importante entre capital e tecnologia, derivada das características desta última como um bem público." WILLIANSO, John. A Economia Aberta e a Economia Global, um Texto de Economia Internacional. São Paulo: Campus, 1996, p. 267.

⁵ A contrafação é o ato de imitar, reproduzir ou falsificar fraudulentamente um bem juridicamente tutelado de outrem, no intuito de imputá-lo como legítimo, usurpando direito alheio.

⁶ Uma de ordem estrutural, como a necessidade de adaptar os preços ao nível da renda de cada mercado, ou a necessidade de incorrer em melhores custos de promoção e distribuição em determinados mercados, devido a maior competição intermarcas ou a maior concentração dos canais de distribuição; outras de ordem simplesmente conjuntural, como as flutuações de câmbio, diferenças de impostos e restrições ao comércio.

abrem uma oportunidade de negócio, consistente na compra no mercado, cujo o preço é praticado em nível inferior, para posterior venda em um outro mercado, em que o preço esteja em um patamar superior. Também chamada de “mercado cinza”, a importação paralela geralmente origina-se em três destes contextos:

No primeiro, uma empresa nacional compra ou licencia os direitos de uma marca estrangeira para fabricar e vender certos produtos, enquanto um importador traz os mesmos produtos ostentando uma marca idêntica e os vende com um preço inferior dentro do mercado doméstico. Devido ao fato da empresa local não gozar de um controle global sobre sua marca, os bens que a portam podem entrar no país do titular nacional, através da importação feita por um consumidor estrangeiro ou terceiras partes que compraram os produtos no exterior. Os produtos envolvidos, neste caso, são originados de uma fonte independente da empresa local.

Em outro cenário, o titular da marca no mercado local licencia uma terceira parte estrangeira para usar e registrar sua marca em um país estrangeiro e, este último, exporta os produtos para dentro do mercado local do licenciador. Tal situação envolve produtos fabricados no exterior por um afiliado estrangeiro de uma firma nacional. Mais freqüentemente, a firma estrangeira incorpora uma subsidiária local e então registra sua marca com o nome de uma subsidiária, ou cede os direitos de registro para a subsidiária. Neste caso, o “mercado cinza” é criado por um terceiro estrangeiro comprador dos produtos apostos com a marca e a subsequente importação destes. Esta situação também origina-se quando a empresa nacional estabelece uma empresa fabricante, sua subsidiária no exterior, ou uma divisão de fabricação, não incorporada, para produzir produtos com tal marca para venda local.

Finalmente, a importação paralela pode ocorrer quando o licenciado de uma marca é uma empresa afiliada, ou é controlada pelo titular da marca, que é uma companhia estrangeira coligada. A importação paralela ocorre quando o último importa os produtos para dentro do mercado local do licenciado, competindo com a companhia afiliada⁷. O detentor local de uma marca registrada autoriza um fabricante estrangeiro independente para usar a marca e, embora o titular local da marca, neste caso, não consinta que o fabricante estrangeiro importe produtos com tal marca, nada impede que uma terceira parte compre os bens no exterior e providencie suas importações. Consequentemente, como no cenário anterior acima disposto, os titulares locais são forçados a uma competição entre as suas próprias marcas.

Estes três contextos, podem envolver inúmeras variações: os produtos do titular local podem ser importados e ser idênticos ou diferentes daqueles da importação paralela. Os produtos podem ser produzidos nacionalmente pelo titular da marca, neste território, e

⁷ De acordo com SOUZA FILHO, Paulo Macedo. “The Role of Trade Marks in the Regulation of Parallel Imports within the United States of America”, obra não publicada, 1995, as regulamentações e estatutos dos EUA, no que tange às importações paralelas, foram criadas com o intuito de tomar medidas de prevenção, evitando a infração dos direitos dos titulares de marcas registradas locais e também dar proteção aos consumidores locais, concluindo que, embora a política Federal não seja muito clara e seja controversa, os titulares das marcas registradas invocam as Leis de Marcas, Lei Tarifária e Lei Antitrust para protegê-los contra os importadores paralelos.

diferentes produtos podem ser produzidos no exterior pelo titular local ou seu coligado. Serviços e garantias podem ou não ser as mesmas no território local e no exterior. Um licenciado estrangeiro pode ser compelido pela lei estrangeira a não sujeitar-se a um significativo controle do titular⁸. A solução dada à questão em cada caso concreto dependerá unicamente das opções legislativas adotadas pelos Estados em matéria de Propriedade Industrial, e não mais do princípio da territorialidade que, a este título, não tem um papel autônomo a desempenhar⁹. A análise desta questão deverá, pois, orientar-se ou para uma indagação ampla da lei, em torno da natureza e funções do Direito de Propriedade Industrial, ou então, para o estudo das soluções positivas decorrentes de uma ordem jurídica concreta.

A Lei de Propriedade Industrial (LPI) brasileira introduziu em nosso ordenamento jurídico preceitos que trouxeram ao titular da marca a possibilidade de impedir a venda de produtos importados, no mercado interno, sem o seu consentimento, ainda que legítimos. Os artigos 129, 130 e 131 desta Lei conferem aos titulares das marcas o uso exclusivo destas, em todo o território nacional, assegurando-lhes o direito de insurgirem-se contra as violações do direito de propriedade e de exclusividade por terceiros cometidas, concluindo-se que no Brasil a regra é a de exaustão interna, ou nacional, para o direito de marca.

Há duas exceções expressas no final do art. 132, inciso III, que remete aos parágrafos 3º e 4º do artigo 68, sendo ressalvados os casos nos quais as importações paralelas seriam consideradas lícitas, quais sejam, quando a marca fosse aposta em um produto fabricado de acordo com uma patente, em virtude de licenças compulsórias de patente¹⁰, concedidas devido ao abuso de poder econômico, ou de importações para exploração da patente¹¹. Desta forma, do artigo acima exposto, combinado com os parágrafo 3º e 4º do artigo 68 da LPI, conclui-se que a importação paralela feita por terceiros é permitida, somente nestes casos, desde que o produto tenha sido colocado no mercado diretamente pelo titular ou com o seu consentimento¹².

⁸ DAVIS, op. cit., ilustrando com a Jurisprudência do caso *Vivitar Corp. v. United States*, 761 F2d 1552 fn 24, 225 USPQ 990, 1003 (CAFC 1985), affg 593 F Supp 420 (CIT 1984); e citando John T. Mackintosh and Thomas R. Graham, "Grey Market Imports: Burgeoning Crisis or Emerging Policy", 11 North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation 293, 294-95 (1986), sustentando o reconhecimento de um quarto caso de mercado de produtos cinzas, que poderia incluir a situação na qual os produtos são produzidos domesticamente para exportar para o exterior e, então, importados de volta para os EUA.

⁹ "O relevo a atribuir à utilização da patente ou da marca no exterior, como pressuposto da livre circulação do produto no território (nacional) depende da definição legislativa do *ius exclusiendi alios* e do interesse em função do qual é concedido", SOUSA E SILVA, *Direito Comunitário e Propriedade Industrial*. Coimbra: 1996, p. 93, citando AUTERI, Paolo. *Territorialità del diritto di marchio e circolazione de prodotti originali*, Milão, p. 80 e 81, 1973.

¹⁰ A licença compulsória de patente, prevista na Lei de Propriedade Industrial, nos artigos 68 a 74, ocorre nos casos em que o titular da patente não efetua sua exploração, no prazo de três anos após a concessão Estatal, sendo, portanto aplicada tal sanção se este exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou utilizar-se desta para praticar abuso de poder econômico, excetuando-se casos de força maior ou impedimentos legais.

¹¹ A importação para exploração de patente ocorre quando, não havendo a possibilidade de fabricação em nosso país para atender o mercado nacional, supre-se a carência mediante a importação.

¹² O consentimento do titular, elemento que caracterizará ou não a ilicitude da importação paralela, expressa o significado de aprovação, conseqüente de estar a pessoa de acordo com o ato que se vai praticar, o qual não surtirá efeitos legais sem a satisfação prévia desta exigência, revelando não somente a condição de estar a pessoa de acordo ou conforme ao ato que se vai praticar, cabendo-lhe autorizar a execução, mas também conferir o poder à pessoa para que o pratique.

A LPI não estabelece se tal consentimento deva ser expresso ou tácito. Salienta-se o Princípio de Liberdade de Forma¹³, que conduz-nos a concluir que quando a lei não exige que o consentimento para ser válido seja expresso, o consentimento tácito exerce a mesma valia. Pelo fato deste dispositivo legal ser recente, a jurisprudência é ainda escassa e são controvertidas as decisões proferidas, não podendo-se identificar uma tendência do Judiciário.

Não há referência às importações paralelas nos arts. 189 e 190, no Capítulo dos Crimes contra as Marcas, razão pela qual não há tipificação penal, constituindo-se tal prática, em nosso ordenamento jurídico, um ilícito civil. Poder-se-ia vislumbrar em tal prática atos de concorrência desleal, tipificados como crime na Lei, art. 195, inciso III, posto que, devido à obtenção de vantagens concorrenciais pela violação de contratos, caracterizar-se-ia a utilização de meio fraudulento¹⁴.

2 - AS IMPORTAÇÕES PARALELAS E O DIREITO DE MARCA

2.1 - MARCA: CONCEITO E FUNÇÕES

Este trabalho aborda as Importações Paralelas somente sob o prisma do Direito de Marca, não abordando-se as consequências das mesmas sobre outros Direitos de Propriedade Intelectual. Logo, imprescindível ter-se presente que marca é definida como todo o sinal distintivo aposto aos produtos e serviços para identificá-los e diferenciá-los de outros idênticos ou semelhantes de origem diversa, possuindo proteção jurídica¹⁵, importante função econômica¹⁶ e reflexos concorrenciais¹⁷.

¹³ O Direito Brasileiro é inspirado pelo Princípio da Liberdade de Forma, somente fragilizando-se a validade do negócio pela inobservância de determinada forma quando a lei expressamente o exigir (art. 129 Código Civil Brasileiro). PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1961-1976, 5ª ed., p. 512.

¹⁴ "Para o aperfeiçoamento do tipo subjetivo dos crimes de que se trata, é indispensável que os agentes do crime, além da intenção de fraudar, ou seja, a prática de 'ato de má-fé' que venha a lesar outrem afetando a sociedade (...) também atuem com dolo direto, que é o único admitido para espécie, verificando-se tal intento quando o autor, atuando com consciência e vontade deliberadas, faz uso da marca de terceiro, visando locupletar-se indevidamente em detrimento do legítimo detentor do registro das marcas, ou então, fazendo-lhe desleal concorrência". Habeas Corpus no. 333.800/9, 1ª Câmara do TaCrim/SP, Rel. Juiz Eduardo Goulart, 04/02/99, unânime.

¹⁵ A proteção à marca goza de garantia constitucional, segundo dispõe a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXIX, que expressa que "a lei assegurará proteção à propriedade de marcas, aos nomes das empresas e outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país".

¹⁶ Martins e Blecher, abordam as marcas também sob o prisma de ativos financeiros, chamando atenção sobre possíveis vantagens em lançar os valores das marcas na contabilidade das empresas, incluindo-as nos balanços para melhorar sua estrutura patrimonial, a exemplo do que ocorre na Inglaterra e Austrália, além de sugerir a possibilidade das empresas financiarem-se através da emissão de "brand bonds", tipo de investimento que poderia ser oferecido através do Mercado de Capitais. MARTINS, José Roberto e BLECHER, Nelson. O Império das Marcas – Como alavancar o maior patrimônio da economia global. São Paulo: Negócio Editora, 1997.

¹⁷ A doutrina refere, entre os diferenciais estratégicos na competição a "identificação de marcas: o grau em que a empresa busca a identificação de marca evitando a competição baseada basicamente em preços ou em outras variáveis". PORTER, Michael E. Estratégia Competitiva - Técnicas para Análise de Indústrias e da Concorrência. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1986, p. 131. "Tão logo a concorrência pela qualidade e o esforço de vendas foram admitidos dentro do âmbito sagrado da Teoria Econômica, a variável preço foi expulsa da sua posição dominante (...). Na realidade capitalista, tão diferente do que retratam os livros-texto, não é aquele tipo de concorrência que vale, mas a capacidade competitiva que vem por meio de novas commodities, de novas tecnologias, de novas fontes de matéria prima, de novos tipos de organização - uma competição que impõe um custo determinado ou uma vantagem em qualidade e que atinge duramente não as margens de lucro e os níveis de produção das empresas existentes, mas seus alicerces e até sua própria existência" SCHUMPETER, Joseph A., Capitalism, Socialism and Democracy, 2ª ed. New York: Harper and Brothers Publishers, 1974, p. 84.

Sob o ângulo econômico¹⁸, a marca constitui-se em um instrumento de diferenciação entre produtos ou serviços semelhantes, permitindo assim que se realize uma associação na mente do consumidor, entre a marca que assinala um produto ou serviço e as diversas características que este a venha atribuir¹⁹. Este mecanismo de associação de idéias permite que uma empresa, mediante o recurso às marcas, promova as suas vendas através de políticas de qualidade ou campanhas publicitárias e que veja, assim, fixar-se uma clientela em torno da marca ou mesmo em torno da própria empresa. Neste contexto, a marca assume por vezes um valor incalculável, que transcende em muito os restantes elementos patrimoniais da empresa²⁰.

Segundo Acórdão de um Tribunal dos Estados Unidos²¹, o Direito de Marcas não existe para proteger as marcas, mas sim, para proteger da confusão o público consumidor e, simultaneamente, para garantir ao titular da marca o seu direito a que o público não seja confundido. A proteção legal referente às marcas não abrange necessariamente todas as vantagens que a sua utilização permite obter. O direito ao uso privativo de uma marca é concedido para que esta desempenhe determinadas funções, legalmente assinaladas às marcas, que dependem do modelo político e econômico a considerar.

No caso de marcas de prestígio²² ou de reputação excepcional, a proteção contra o seu uso em produtos inteiramente distintos, tem o objetivo de impedir a erosão ou diluição destas; o que há a salvaguardar, neste âmbito, não é tanto a indicação de

¹⁸ "Os critérios de sinalização refletem os sinais de valor que influenciam a percepção do comprador sobre a habilidade da empresa em satisfazer os critérios de uso. As atividades executadas por uma empresa, bem como outros atributos, podem ser critérios de sinalização. Esses critérios podem ajudar um fornecedor particular a ser considerado e/ou pode desempenhar um papel importante na decisão de compra final do comprador" PORTER, Michael E. *Vantagem Competitiva - Criando e Sustentando um Desempenho Superior*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1990, p. 133.

¹⁹ "Define-se a atribuição de marca como o estabelecimento de um nome, termo, símbolo ou design que identifica o produto de um determinado fabricante e cuja finalidade é distinguir claramente esse produto dos outros oferecidos pela concorrência. Um nome ou marca pode ajudar a empresa a cristalizar uma boa imagem em torno do produto. A marca pode tornar-se uma representação de satisfação que vai influenciar o consumidor a optar repetidamente por um produto específico em detrimento de outros produtos concorrentes." SEMENIK e BAMOUSSY, op. cit., p. 314.

²⁰ "(...) marcas que valem muito dinheiro em operações de fusões e aquisições são aquelas que mereceram, com o passar dos anos, um cuidadoso e eficiente trabalho de investimento, tomando-se padrões de excelência em seus segmentos (...) São geralmente muito elevadas as despesas para a criação de um bom ativo de marca, notadamente investimentos em tempo, pesquisa e desenvolvimento". MARTINS e BLECHER, op. cit., p. 167 e 171.

²¹ Tribunal de Apelação do Sétimo Circuito, caso James Burrough Ltd v. Sign of the Beefeater Inc. 1976, passagem extraída da tradução de FERNANDEZ NOVOA, Carlos. *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Madrid, 1984.

²² MARCA – REGISTRO. A concorrência desleal concretiza-se em qualquer ato que vise a desviar clientela alheia, confundir estabelecimento ou procedência de produtos, denegrir imagem de concorrente ou violar segredo de indústria ou comércio. Na verificação de notoriedade, há de considerar-se o consumidor daquele produto e não todo e qualquer consumidor. Quem consome aparelhos médico-hospitalares são, em regra, médicos e hospitais e não de donas de casa. Uma marca pode ser notória para um grupo de consumidores e inteiramente desconhecida para outro. Não há necessidade de que a notoriedade seja absoluta. A marca não precisa ser conhecida por todos, por todas as categorias sociais, para desfrutar de garantia do art. 6º da Convenção de Paris. Recurso improvido. (AC nº 890201273-5/RJ, 3ª Turma do TRF da 2ª Região, Rel. Valmir Penha, DJU 22.08.95, p. 53.075).

proveniência, pois pode não existir qualquer risco de confusão entre os produtos, mas sim, e primordialmente, o valor comercial da marca, ou o seu poder de atrair o público²³.

2.2 - SISTEMA LEGAL DE PROTEÇÃO À MARCA

A CF/88, em seu art. 5º, inciso XXII, garante o direito de propriedade. O instituto é conceituado na doutrina civil²⁴, sinteticamente, como a submissão de uma coisa, em todas as suas relações, a uma pessoa. Analiticamente, como o direito de usar, fruir e dispor de um bem, e de reavê-lo de quem injustamente o possua. Descritivamente, trata-se de direito complexo, absoluto, perpétuo e exclusivo, pelo qual uma coisa fica submetida à vontade de uma pessoa, com as limitações da lei.

Em seu inciso XXIII, o artigo 5º da CF expressa o condicionamento do Direito de Propriedade à sua função social. Para GILMAR FERREIRA MENDES, o conceito constitucional de proteção ao direito de propriedade²⁵, transcende à concepção privatística estrita, abarcando outros valores de índole patrimonial; afirma que essa orientação permite que se confira proteção constitucional não só a propriedade privada em sentido estrito, mas, fundamentalmente às demais relações de índole patrimonial. Segundo o autor, a garantia constitucional de propriedade assegura uma proteção das posições privadas já configuradas, bem como dos direitos a serem eventualmente constituídos²⁶.

A Propriedade Intelectual é definida pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual²⁷ – OMPI²⁸ – como “a soma dos direitos relativos às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas

²³ Na Convenção da União de Paris – CUP, art. 6 bis I, protege-se apenas a marca notoriamente conhecida e contra o uso da mesma por outrem em produtos idênticos ou semelhantes. No art. 125 da LPI é assegurada à marca de alto renome uma proteção especial e, no seu art. 126, é reconhecido um privilégio especial à marca de alto renome, independentemente de estar previamente depositada ou registrada no Brasil, nos termos do supra referido artigo da CUP.

²⁴ GOMES, Orlando. Direitos Reais. Rio de Janeiro: Forense, 8ª edição, p. 84;

²⁵ “(...) embora não aberto o conceito constitucional de propriedade há de ser necessariamente dinâmico. (...) As limitações impostas ou as novas conformações emprestadas ao direito de propriedade hão de observar especialmente o princípio da proporcionalidade, que exige que as restrições legais sejam adequadas, necessárias e proporcionais”. MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 148/156.

²⁶ Assim, a propriedade enquanto instituto jurídico, obriga o legislador a promulgar complexo normativo que assegure a existência, a funcionalidade, a utilidade privada deste direito, devendo, ainda, compatibilizar o espaço de liberdade do indivíduo no âmbito da ordem de propriedade com o interesse da comunidade, não olvidando que a vinculação social da propriedade, que legitima a imposição de restrições, não pode ir ao ponto de colocá-la, única e exclusivamente, a serviço do Estado ou da comunidade, fazendo-se necessário, portanto, de acordo com o autor, uma criteriosa ponderação de bens e valores. *Id.* *Ibidem*.

²⁷ Criada pela Convenção de Estocolmo, de 14 de julho de 1967.

²⁸ A Convenção de Estocolmo estabelece que os objetivos da OMPI são promover a proteção mundial da Propriedade Intelectual, através da cooperação entre os Estados e, quando apropriado, na colaboração com qualquer outra organização internacional, além de assegurar a cooperação administrativa às Uniões intergovernamentais. Para uma listagem completa dos tratados e uniões administrados pela OMPI: <http://www.ompi.org>.

executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico”.

A capacidade competitiva dos Estados, frente ao atual cenário mundial de crescente complexidade²⁹ e interdependência, está intrinsecamente ligada à evolução tecnológica, que capacita as indústrias nacionais a potencializar seus níveis de produção, agregar valor aos seus produtos, tornando-as aptas a enfrentar a acirrada concorrência do mercado internacional. Por isso, as legislações internas dos Estados que regulam a proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual tendem ao protecionismo dos interesses de desenvolvimento nacionais³⁰.

O sistema internacional de proteção à propriedade intelectual é formado por uma estrutura de Acordos e Convenções, administrados, no âmbito das Nações Unidas pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual – OMPI - e, no âmbito da Organização Mundial do Comércio³¹, o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio³², em inglês, TRIPS³³. Interessa-nos destacar a Convenção da União de Paris – CUP – e o TRIPS.

²⁹ “Os fatores que levam à globalização do mercado conduzem, quase que necessariamente, a uma uniformidade de proteção jurídica. A racionalidade do sistema exige, pelo menos, que não haja um excesso de condições de desigualdade, induzindo pela legislação do direito intelectual, que conduza uma empresa a instalar unidades fabris em um território onde naturalmente não viria a produzir, ou que afaste a empresa de um território onde naturalmente tenderia a se instalar ou vender. Todos estes fatores vêm efetivamente transformando os sistemas legais nacionais e internacionais de propriedade intelectual”. BARBOSA, Denis Borges. Licitações, Subsídios e Patentes, Direito do Desenvolvimento Industrial, Rio de Janeiro: Lumen Juris, vol. II 1997, p. 94.

³⁰ “Portanto, o primeiro aspecto a ser considerado, no presente estudo, é o de que a proteção da propriedade intelectual, em nível mundial, na atualidade, é menos uma questão de proteção dos direitos privados nacionais dos Estados (aspecto esse que foi a origem, no final do século XIX, da motivação dos primeiros acordos internacionais sobre propriedade industrial e da proteção dos direitos de autor e conexos e que, naturalmente, continua como grande preocupação dos Estados), mas muito mais um assunto que interessa às próprias relações internacionais, onde vigora um embate entre países industrializados e países em vias de desenvolvimento”. SOARES, Guido F.S. O Tratamento da Propriedade Intelectual no Sistema da Organização Mundial do Comércio: Uma Descrição Geral do Acordo TRIPS. In: Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil. Paulo Borba Casella e Aramita de Azevedo Mercadante, coordenadores. São Paulo: LTr, 1998, p. 661.

³¹ Referindo-se aos antecedentes históricos do TRIPS, OTTO LICKS enfatiza que “A crescente frustração demonstrada por alguns países desenvolvidos com o sistema das Nações Unidas para a propriedade intelectual (instituído em 1967), aliada à crescente importância dos produtos e serviços da indústria da propriedade intelectual nas contas de comércio exterior desses países, fomentou a proposta de trazer para o GATT as discussões da matéria”. LICKS, op. cit., p. 615.

³² “(...) Tratados internacionais sobre princípios e normas de conduta para atividades do Estado normalmente refletem em práticas domésticas do Estado comuns a todos ou a maioria das partes contratantes. No entanto, os tratados são claramente mais inspirados e refletem mais de perto a prática de algumas das partes contratantes ao invés da maioria delas. O acordo TRIPS constitui-se de um tratado desta espécie. Ele está baseado numa versão particular da “Regra da Lei”, por e largamente aplicada nos países industrialmente avançados. (...) Neste sentido, normas substantivas inadequadas não poderão ser propriamente aplicadas e até mesmo as melhores normas substantivas estarão frustradas pela condução defeituosa da solução de controvérsias e de sua aplicabilidade”. WEISS, Friedl. Aspectos de Direito Internacional Público do TRIPS. Tradução de Luís Fernando Nigro CORREA, com revisão de Paulo Borba Casella e Guilherme Figueiredo Nascimento. In: Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? a OMC e o Brasil”. Paulo Borba Casella, Aramita de Azevedo Mercadante coordenadores. São Paulo: LTr, 1998, p. 584.

³³ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.

O TRIPS foi recepcionado no nosso ordenamento jurídico, através do Decreto No. 1.355, de 30 de dezembro de 1994³⁴, que promulga a Ata Final que incorpora os Resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT. Já a CUP, através do Decreto 1.263, de 10 de outubro de 1994, que ratifica a declaração de adesão aos artigos 1º a 12 e ao artigo 28, alínea 1, do texto da Revisão de Estocolmo. A grande diferença entre estes sistemas está no poder de sanção na esfera comercial existente no âmbito da OMC³⁵, visto que o TRIPS prevê mecanismos de Prevenção e Solução de Controvérsias³⁶, possibilitando invocá-los a fim de legitimar retaliações contra os Membros inadimplentes, mecanismo inexistente no âmbito da OMPI.

O TRIPS recepciona a Convenção de Paris, estabelecendo que os Membros cumprirão com o disposto nos Artigos 1 a 12 e 19 da Convenção, e nada naquele contido derogará as obrigações existentes entre os Membros, em virtude desta³⁷. Ele abrange os tipos principais de Direitos da Propriedade Intelectual³⁸, estabelecendo um padrão mínimo³⁹ de garantias e direitos⁴⁰, podendo os Membros estabelecer em suas legislações proteções mais amplas, assegurando-se tratamento nacional⁴¹ aos nacionais dos demais Membros, sendo previsto o Tratamento de Nação mais Favorecida⁴², que prevê que as vantagens e favorecimentos concedidos aos nacionais de qualquer outro país, seja outorgada aos nacionais dos demais Membros.

No âmbito da Organização Mundial do Comércio, o Acordo TRIPS, não traz uma resposta para a questão da exaustão dos direitos da Propriedade Intelectual. De acordo com o art. 6⁴³, é deixado a cargo dos Estados Membros decidir se preferem uma exaustão nacional ou internacional. O Professor DUTOIT⁴⁴, explica que com relação específica a Lei de Marca, o artigo 16⁴⁵ do Acordo TRIPS combinado com o seu artigo 6,

³⁴ Ata aprovada pelo Decreto Legislativo No. 30, de 15 de dezembro de 1994 (DOU de 19/12/1994). O Decreto n. 1.355/94 foi publicado no DOU de 31/12/94.

³⁵ "A OMC é a carta magna desse processo de globalização; eu diria que ela é uma grande codificação do direito do comércio internacional, e é a primeira vez que uma grande codificação jurídica internacional dispõe de mecanismos de sanção eficazes". BAPTISTA, LUIZ OLAVO. A Nova Lei e o TRIPS, Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, Anais do XVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, São Paulo, 1996, p. 14.

³⁶ Anexo 2 do Acordo OMC: "Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes".

³⁷ Artigo 2 (1) e (2): Parte I do TRIPS.

³⁸ Artigo 1 (2): Parte II do TRIPS.

³⁹ "O TRIPS, como tratado-contrato, tem uma finalidade expressa, com a qual ele foi inserido na nossa ordem jurídica. É a de fixar o piso da proteção concedida à propriedade intelectual no Brasil, isto é, o limite mínimo das garantias e direitos que devem ser outorgadas às partes dentro do direito brasileiro". BAPTISTA, op. cit. p. 17.

⁴⁰ Artigo 1 (1): Parte I do TRIPS.

⁴¹ Artigo 3: Parte I do TRIPS.

⁴² Artigo 4: Parte I do TRIPS.

⁴³ "Artigo 6. Exaustão. Para os propósitos de solução de controvérsia no marco de Acordo, e sem prejuízo do disposto nos Artigos 3 e 4, nada neste Acordo será utilizado para tratar da questão da exaustão dos direitos de Propriedade Intelectual".

⁴⁴ DUTOIT Bernard. Parallel Imports v. Trademark and Unfair Competition Law. International Review of Competition Law, p. 6.

⁴⁵ "Artigo 16. O titular de marca registrada gozará de direito exclusivo de impedir que terceiros, sem seu consentimento, utilizem em operações comerciais sinais idênticos ou similares àqueles para os quais a marca está registrada, quando este uso possa resultar em confusão".

leva-nos a conclusão que a importação paralela está proibida, na esfera de Direito de Marcas, somente se esta resultar em uma provável confusão, que deve ser presumida, sendo admitido que cada Estado-Membro possa decidir se é favorável à exaustão nacional ou internacional, quando os produtos forem colocados no mercado com o consentimento do titular da marca. Argumenta o Autor que tal solução pode ser explicada como uma conseqüência do conceito de marca, disposto em seu artigo 15⁴⁶, segundo o qual a marca tem o objeto de distinguir bens e serviços de um titular da marca dos demais.

O Acordo TRIPS não contém qualquer cláusula geral proibindo a concorrência desleal como possui o art. 10 bis da CUP⁴⁷, entretanto, algumas previsões podem ser encontradas nesta direção, como em seu art. 17⁴⁸ e, de qualquer modo, deixa todo o problema da proibição da concorrência desleal para as legislações nacionais. Assim, pode ser dito que a Lei de Marca não seria o meio mais adequado para prevenir as importações paralelas, que ocorrem na União Européia (somente para importações dentro da Comunidade), nos Estados Unidos da América ou no âmbito dos países signatário do Acordo TRIPS; uma vez reconhecido que a marca moderna tem o objetivo de distinguir bens e serviços uns dos outros, não pode ser considerado que, no caso das importações paralelas, esta função foi prejudicada, à medida em que os produtos de tais importações são os originais. Entretanto, a importação paralela, especialmente quando ela ocorre em violação a um sistema de distribuição exclusiva ou seletiva, pode ser banida justificando-se através dos critérios que regem a repressão à Concorrência Desleal e respeitando-se vínculos contratuais.

Partindo-se do termo genérico Propriedade Intelectual e particularizando o enfoque onde está mais especificamente compreendido o Direito de Marca, tem-se a proteção dos direitos relativos à Propriedade Industrial⁴⁹. Tal proteção cresceu em importância, a partir dos anos 80, com a chamada revolução tecnológica⁵⁰, em virtude do valor econômico

⁴⁶ "Artigo 15. Qualquer sinal, ou combinação de sinais, capaz de distinguir bens e serviços de um empreendimento daqueles de outro empreendimento, poderá constituir uma marca. Estes sinais, em particular palavras, inclusive nomes próprios, letras, numerais, elementos figurativos e combinação de cores, bem como qualquer combinação desses sinais, serão registráveis como marcas. Quando os sinais não forem intrinsecamente capazes de distinguir os bens e serviços pertinentes, os Membros poderão condicionar a possibilidade do registro ao caráter distintivo que tenham adquirido pelo seu uso. Os Membros poderão exigir, como condição para o registro, que os sinais sejam visualmente perceptíveis".

⁴⁷ "Art. 10 bis. Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal".

⁴⁸ "Artigo 17. Os Membros poderão estabelecer exceções limitadas aos direitos conferidos para uma marca, tal como o uso adequado de termos descritivos, desde que tais exceções levem em conta os legítimos interesses do titular da marca e de terceiros.

⁴⁹ Efetua-se tal proteção mediante a concessão de patentes de invenção e de modelo de utilidade, concessão de registro de desenho industrial, concessão de registro de marca, repressão às falsas indicações geográficas e repressão à concorrência desleal, de acordo com o teor do art. 2º e seus incisos, da Lei 9.279/96.

⁵⁰ O conhecimento tecnológico vem sendo considerado matéria-prima ativadora do progresso sócio-econômico. O fortalecimento da proteção à propriedade intelectual gera um maior investimento em pesquisa e desenvolvimento, pois há uma forte correlação entre o investimento e o desenvolvimento bem sucedido em países que conferem uma proteção mais rígida àquela, influenciando na política administrativa de empresas transnacionais, comparativamente com aquelas tomadas em países onde não há proteção. Desta forma, um investidor internacional leva em consideração a existência de lei compatível com os padrões internacionais de Propriedade Intelectual, como um dos elementos fundamentais para a tomada de decisão sobre investir ou não em determinado país. Sobre o papel da proteção jurídica da tecnologia, ver a tese de Doutorado de PIMENTEL, Luiz Otávio. Direito Industrial – As Funções do Direito de Patentes. Porto Alegre: Síntese, 1999.

intrínseco às novas tecnologias. Tal proteção, em um contexto de alta competição de mercados globais, é premissa básica e fator de estímulo para que ocorram investimentos substanciais em pesquisa e desenvolvimento.

O cenário econômico brasileiro, no início dos anos 90, conduzia-se para uma abertura da economia nacional, que era relativamente fechada, protegendo determinados segmentos das indústrias nacionais⁵¹. Este protecionismo ensejou sanções comerciais impostas pelos Estados Unidos ao Brasil⁵², pois entendiam que nossos mecanismos de proteção à Propriedade Industrial eram insuficientes, motivo pelo qual o *United States Trade Representative (USTR)* incluiu o Brasil, dentre outras nações, na *Priority Watch List*, identificando os países cujos os regimes de proteção eram considerados inadequados⁵³.

A Lei 9.279/96⁵⁴ em seu Título III - Das Marcas, confere ao titular da marca, dentre outros direitos, o de zelar pela integridade material ou reputação da mesma, estabelecendo que são suscetíveis de registro como marca os sinais distintivos visualmente perceptíveis, não compreendidos nas proibições legais⁵⁵. Lamentavelmente, esta lei em momento algum faz menção explícita sobre a proibição das importações paralelas, nem tampouco sobre o caráter territorial da exaustão do direito, relegando para uma interpretação do artigo 132, inciso III⁵⁶, que ressalta a relevância do consentimento do titular da marca dado no mercado interno.

⁵¹ O art. 9º do antigo Código de Propriedade Industrial, Lei 5.772/71, elencava uma série de invenções não privilegiáveis, tais como produtos alimentícios, químico-farmacêuticos, medicamentos, dentre outras áreas excluídas de proteção patentária.

⁵² O Trade and Tariff Act de 1984 obriga o Poder Executivo dos EUA a levar em consideração o nível de proteção 'a Propriedade Intelectual de um país ao avaliar sua elegibilidade para o programa do Sistema Geral de Preferências Comerciais. O nível de proteção, segundo esta lei, passa a ser um dos fatores na avaliação de ações de um país em relação aos interesses norte-americanos serem classificadas como injustificável ou unreasonable para fins de abertura de investigação e eventual imposição de sanções comerciais sob a Seção 301 do Trade Act of 1974. Deste modo, o Governo Americano utiliza-se de meios coercitivos ao aplicar sanções comerciais contra políticas e práticas comerciais de Estados estrangeiros, consideradas prejudiciais aos interesses deste país.

⁵³ Tal dispositivo é conhecido como "Special 301". Foram apresentadas duas listas: a primeira, chamada de Watch List e a segunda já referida. Outro instrumento jurídico importante no campo da Propriedade Intelectual é a Seção 337 do Tariff Act of 1930, que impede a importação de produtos que infringem a legislação norte-americana nesta área. Ao divulgar o Administrative Intellectual Property Rights Policy, este país sinalizava que a incapacidade de proteger estes direitos distorce e gera deficiências nos fluxos do comércio internacional, estabelecendo a relação direta entre a questão de propriedade intelectual e o comércio de bens e serviços. As empresas norte-americanas vinham sofrendo perdas devido à inexistência de padrões rígidos de proteção internacionalmente aplicáveis, o que enfatizava a importância econômica da propriedade intelectual, motivo pelo qual este país deu início às investigações de casos de alegada violação destes direitos em alguns países em desenvolvimento, dentre os quais o Brasil.

⁵⁴ A LPI trouxe uma série de avanços, tais como a concessão de patente para produtos alimentícios, químico farmacêuticos, a substituição das indicações de procedência por indicações geográficas, as marcas coletivas e de certificação, o registro de marcas tridimensionais, dentre outros.

⁵⁵ O art. 124, da supra referida lei, em seus XXIII incisos, elenca taxativamente tais proibições.

⁵⁶ "Art. 132, inc. III: impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, (...)".

2.3 - DIREITO DE MARCA E O PRINCÍPIO DA TERRITORIALIDADE

A proteção de um Direito de Propriedade Industrial é exclusivamente regida pela legislação do país em virtude da qual este direito foi conferido; por outro lado, o efeito da proteção concedida pela lei interna limita-se ao território em relação ao qual a lei é aplicável⁵⁷. Assim, a norma territorial é a aplicável apenas no território nacional, atendendo aos interesses internos relativos à nação de origem, obrigando exclusivamente dentro do território⁵⁸. Ao comentar o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, ROSSANO GARCEZ⁵⁹ expressou que os princípios neste contidos devem ter a conotação de normas supletivas, uma vez que, dentro do princípio corrente no Direito Internacional, existe a prevalência da autonomia da vontade, que permite a escolha pelas partes das normas de regência dos contratos. Continua dizendo que “*o preceito do art. 9º deriva, como faz notar Haroldo Valladão, do contido no Código de Direito Internacional Privado, conhecido como Código Bustamante, firmado em Havana em 1928, que dispõe em seu art. 164, de forma concisa: ‘o conceito e a classificação das obrigações subordinam-se à lei territorial’*”⁶⁰.

O princípio da territorialidade rege os conflitos de leis no espaço relativos aos direitos reais; o critério jurídico para regular coisas móveis de situação permanente é o da *lex rei sitae*, que importa na determinação do território, espaço limitado no qual o Estado exerce competência. A competência *lex rei sitae* é técnica, porque situam-se as relações jurídicas no local onde encontra-se o bem, limite imposto pela ordem pública. Acrescenta MARIA HELENA DINIZ, “*em tudo que for relativo ao regime da posse, da propriedade e dos direitos reais sobre coisa alheia nenhuma lei poderá ter competência maior do que a do território onde se encontrarem os bens, que constituem seu objeto*”⁶¹. Por outro lado, os efeitos da proteção jurídica das marcas se estendem unicamente ao território do país que a reconhece, de modo que os atos ocorridos no exterior⁶² não atingem a marca nacional. Desta forma, fica explícito o caráter iminentemente nacional da exaustão: estes direitos, porque se confinam ao território do Estado, não poderão exaurir-se em consequência de fatos ocorridos no exterior.

Segundo SOUSA E SILVA⁶³, significaria dizer-se o seguinte: a) os direitos de uso exclusivo sobre um bem imaterial adquirem-se em cada país, independentemente da proteção legal existente em outro país; b) os direitos de uso exclusivo são oponíveis a todas as pessoas, incluindo as que têm domicílio ou sede fora do país da proteção. Todavia,

⁵⁷ MENDES, Manuel Oehen. Direito Industrial. Vol. I, Coimbra: 1984. O Princípio da Territorialidade determina que a proteção jurídica das marcas limite-se ao território do Estado que a reconhece, seguindo-se, de um lado, que a proteção jurídica se regula única e exclusivamente pela lei nacional salvo estipulação em contrário nos Tratados Internacionais, que determina de forma autônoma o objeto, os requisitos materiais e formais, o conteúdo, exceções e limites, assim como as causas e formas de extinção de sua proteção jurídica.

⁵⁸ DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 2ª ed. atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 246.

⁵⁹ GARCEZ, José Maria R.. Contratos Internacionais Comerciais. São Paulo: Saraiva, 1994, p.55.

⁶⁰ GARCEZ, op. cit., p.55.

⁶¹ DINIZ, op. cit. p. 247.

⁶² Salvo posterior conexão com o território nacional, nos casos de importação.

⁶³ SILVA, Pedro Sousa e. Direito Comunitário e Propriedade Industrial. Coimbra Editora., p. 87.

abrangem apenas os atos ocorridos no país de proteção; c) da existência de direitos de uso exclusivo sobre bens imateriais não é possível presumir que tais direitos foram adquiridos; d) as leis de cada país de proteção determinam independentemente o nascimento, o conteúdo e o alcance dos bens imateriais; não reenviam a direitos estrangeiros.

O fato do titular de uma marca ter colocado produtos seus no mercado de um país estrangeiro não poderá ter qualquer influência sobre os direitos que ele detém no território nacional, visto que a proteção de um direito de propriedade industrial é exclusivamente regida pela legislação do país em virtude da qual este direito foi conferido e, em contrapartida, o efeito da proteção concedida pela lei interna limita-se ao território em relação ao qual esta lei é aplicável. Esta teoria encontra esteio no princípio da independência⁶⁴, consagrado pelo art. 4º bis da Convenção da União de Paris⁶⁵, de que decorrerá uma territorialidade absoluta dos direitos privativos industriais. Sendo independentes os direitos em questão, o exercício de um direito no território de certo Estado não teria qualquer repercussão no direito existente em outro Estado.

De acordo com BEIER⁶⁶, não decorre deste princípio que, para aplicar o direito nacional, só será considerada a situação do fato existente no interior do país, com exclusão dos fatos ocorridos e dos fatos praticados no estrangeiro. Prossegue argumentando que esta conclusão se opõe ao princípio da independência dos direitos (art. 4º bis da CUP) em que se baseiam os defensores da territorialidade absoluta: tal princípio refere-se, não aos fatos a ter em conta pelas legislações nacionais, mas sim, às relações dessas legislações entre si, destinando-se a impedir a aplicação cumulativa de normas de diferentes ordens jurídicas. Nessa medida, significa apenas que as disposições do direito estrangeiro e a existência de direitos paralelos no exterior não têm, em princípio, qualquer influência sobre a proteção a conceder ao abrigo da lei nacional; são direitos autônomos e independentes, na sua criação e nos seus efeitos.

3 - AS IMPORTAÇÕES PARALELAS E O PRINCÍPIO DA EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCA

A expressão *exaustão dos direitos* de propriedade industrial provém de uma passagem do célebre acórdão do *Reichsgericht*⁶⁷, em matéria de marcas, sendo, de fato, uma ilustração sugestiva das limitações inerentes a este tipo de direito. A designação generalizou-se,

⁶⁴ Este princípio, que significa que cada Estado determina os pressupostos e os efeitos da proteção por si concedida, tem por consequência que os direitos paralelos existentes nos diversos Estados seriam independentes entre si, existindo uma proteção diferente a cada país que a concede.

⁶⁵ No Brasil, Decreto No. 1.263, de 10 de outubro de 1994. O Brasil ratificou a revisão de Estocolmo, feita em 14 de julho de 1967.

⁶⁶ BEIER, Friedrich-Karl. La Territorialité di Droit des Marques et Les Échanges Internationaux. CLUNET, 1971, p. 16 e 17.

⁶⁷ Datado de 28/02/1902 – Kölnisch Wasser – referido por SOUSA E SILVA, op. cit., 1996. p. 26.

acabando por ser adotada por boa parte da doutrina⁶⁸. A tese da exaustão do direito⁶⁹ de marca significa que os direitos decorrentes de uma marca, relativamente a um dado produto ou serviço, apenas aproveitam ao respectivo titular até o momento em que este coloca pela primeira vez esse objeto concreto no mercado, ou quando alguém o faz com o seu consentimento. Introduzindo este no comércio, ostentando legitimamente a marca do titular, cumpre-se a função do Direito de Propriedade Industrial e, conseqüentemente, esgotam-se os direitos do titular relativamente a tal produto.

A exaustão de direito de marca encontra seu fundamento na função essencial do sistema de marcas, isto é, no nexó entre a proteção jurídica da marca e o cumprimento efetivo das funções da marca⁷⁰. Sua finalidade, ou o objetivo de ordem substantiva da exaustão reside em evitar-se que a proteção jurídica da marca permita ao seu titular monopolizar o tráfico de produtos distinguidos com uma marca, quando esta cumprir adequadamente a função que lhe é própria⁷¹ e se encontrar tutelada juridicamente pelo ordenamento, além de evitar que a marca se converta em instrumento que permita discriminar preços e mercados locais, sem que tal encontre justificativa para assegurar a função do sistema de marcas⁷².

⁶⁸ Segundo citação do mesmo autor, op.cit., as origens desta teoria são localizadas na obra de KOHLER, Josef, *Deutsches Patentrecht*, Mannheim, 1900, p. 462 (referências e tradução extraídas de ULRICH SCHATZ, *Exhaustion of Patent Rights in the Common Market*, IIC., vol 2, no. 1/1971, p.3).

⁶⁹ Para que ocorra a exaustão de direito de marca, faz-se necessária a incidência de um pressuposto objetivo: a colocação dos produtos distinguidos com a marca, e um pressuposto subjetivo: a primeira comercialização tem que ser efetuada pelo titular da marca ou com seu consentimento.

⁷⁰ A construção clássica da doutrina de exaustão de direito de marca somente considera propriamente a função de indicação de procedência, ou a função de indicação de origem empresarial junto com a função de garantia de qualidade de produtos ou serviços.

⁷¹ A consagração de uma marca atesta que seu detentor fornece com consistência e confiabilidade o produto ou serviço que aquela identifica, restando evidente que a proteção de nomes, marcas e sinais distintivos obedecem a uma dupla finalidade: resguardar seus detentores de terem sua clientela desviada por terceiro que use sua marca ou sinal indevidamente, bem como proteger os consumidores, que não terão dificuldades em identificar com clareza, entre a diversidade de produtos e serviços ofertados, aquele que pretendem adquirir. Neste sentido, LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. *A Lei de Propriedade Industrial Comentada*. São Paulo: Lejus, 1999, p.233.

⁷² O STJ já teve oportunidade de manifestar-se no sentido de que: "No estágio atual da evolução social, a proteção da marca não se limita apenas a assegurar direitos e interesses meramente individuais, mas a própria comunidade, por proteger o grande público, o consumidor, o tomador de serviços, o usuário, o povo em geral, que melhores elementos terá na aferição da origem do produto e do serviço prestado" (STJ – REsp 3.230 – DF – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – DJU 01.10.1990). "A proteção da marca tem por objetivo a repressão a concorrência desleal, buscando evitar a possibilidade de confusão do consumidor que adquire determinado produto ou serviço pensando ser outro, bem como o locupletamento com o esforço alheio" (STJ – REsp 53.277 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 09.06.1997 – p. 25544). Também assentou que "o emprego de nome e expressões marcárias semelhantes - quer pela grafia, pronúncia, ou qualquer outro elemento, capazes de causar dúvida ao espírito dos possíveis adquirentes de bens exibidos para comércio - deve ser de imediato afastado", doutrinando que a proteção legal à marca tem por escopo reprimir a concorrência desleal, evitar a possibilidade de confusão ou dúvida, o locupletamento com esforço e labor alheios (Resp nº 54494.7/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 15.05.95, p. 13.398).

Pode haver certa dificuldade para precisar o sentido que se deva dar ao consentimento⁷³ do titular da marca neste contexto. Deste modo, algumas normas nacionais exigem consentimento expresso, enquanto outras, como por exemplo a Primeira Diretiva do Conselho relativa a harmonização das legislações dos Estados Membros em matéria de marcas⁷⁴, somente exige consentimento, ainda que, provavelmente, seja mais acertado o direcionamento recepcionado nas últimas disposições: devem reputar-se consentidas, não somente as comercializações efetuadas pelo titular da marca, mas também por terceiros vinculados econômica ou juridicamente, sempre que o titular da marca estiver em condições de exercer um controle⁷⁵ sobre a qualidade dos produtos apostos com esta⁷⁶.

A ocorrência destes pressupostos não determina, necessariamente, que se desencadeie a exaustão. De forma geral, se reconhece que a exaustão não ocorrerá em casos em que a marca que portam os produtos em questão tenha deixado de cumprir adequadamente sua função, isto é, naqueles casos em que não incida o fundamento da exaustão, ou seja, nos casos em que afetem negativamente os legítimos interesses do titular da marca⁷⁷.

O ato de colocar um produto no mercado tem como consequência, para o titular da marca, a exaustão dos direitos referentes a esse produto; assim, o momento em que ocorre a circulação, relevante para este efeito, trata-se de um ato que transmite a propriedade do produto para um terceiro, independente do titular. Essa transmissão é essencial no âmbito das marcas porque, ao contrário das patentes, não se trata aqui de um direito exclusivo de exercer uma certa atividade econômica de produção, mas apenas o de usar um dado símbolo com vistas à distinguir produtos quando da sua comercialização, que ocorrerá mediante alienação⁷⁸.

⁷³ O critério mais simples e eficaz para aferir a licitude da introdução no comércio estará, precisamente, na existência, expressa ou tácita, do consentimento do titular da marca. Expressa, no caso da licença; podendo ser apenas implícita, quando a entidade que procede a comercialização se encontrar submetida ao controle do titular ou ambos dependerem de um controle comum. Em qualquer destas situações, portanto, a colocação dos produtos no mercado deverá conduzir à exaustão do direito do titular da marca.

⁷⁴ Diretiva 89/104/CEE = DOCE No. 40/1.

⁷⁵ Em países como a Grã-Bretanha e os EUA, o exercício efetivo desse controle é requisito essencial para que seja reconhecida validade à licença. GILSON, Jerome. Trademark Protection and Practice, par. 6.01 (4); LADAS, Stephen. Patents, Trademarks and Related Rights, vol II, p. 1140, CORNISH, W.R., Intellectual Property-Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights, p. 555 e 556.

⁷⁶ SSTJCE 17-X-90, assunto 10/89 "S.A CNL-Sucal NV c. Hag GF AG (Hag II) ", Rec. 1990, p. 3711, 227/94, assunto 9/93 "IHT Internationale Heiztechnik GmbH y Uwe Danzinger c. Ideal Standard GmbH y Wabco Standard GmbH (Ideal Standard)", Rec., 1994, p. 2789.

⁷⁷ Neste sentido firma-se jurisprudência: SSTJCE 23-V-78, assunto 102/77 "Hoffman-La Roche c. Centrafarm", Rec., 1978, p. 1139, 11/7/96; C-427/93, C-429/93 e C-436/93 "Bristol-Meyers Squibb, C.H. Boehringer Sohn, Bayer AG c. Paranova A/S", RGD, no. 636, 1997, p. 10983, XVII ADI 1996, p. 844, 11/7/96. À princípio, devem entender-se compreendidos no âmbito da exceção os produtos que tenham perdido sua condição de produtos originais, como consequência de sua submissão às manipulações, após sua comercialização pelo titular da marca, ou por terceiro com seu consentimento. Produz-se, pois, nestas circunstâncias uma troca das características que os consumidores associam, devido à marca, com os produtos em questão e, por isso, deixa de cumprir com a função de indicação de procedência, caso típico de reembalagem de produtos farmacêuticos.

⁷⁸ Sobre a distinção entre o conteúdo dos direitos sobre patentes e sobre marcas, ROUBIER, Paul. Le Droit de la Propriété Industrielle, Paris, Vol. II, p. 524 e 525, que salienta que o direito da marca é essencialmente relativo, no sentido que o seu titular só pode invocar contra os concorrentes, no âmbito da sua atividade no mercado, ao passo que o direito da patente confere um direito absoluto e exclusivo sobre o invento, sendo o titular o único que pode explorar.

Entretanto, existem certos direitos, no que diz respeito às marcas, que subsistem mesmo após a colocação de um produto no mercado. Tais direitos destinam-se a assegurar que a marca, enquanto os produtos permaneçam no mercado, continue a desempenhar o seu papel indicativo da proveniência. Inclui-se, entre eles, o direito exclusivo para a caracterização do produto, que traduz-se na faculdade privativa de determinar a composição, a forma, o aspecto exterior e demais características do produto que o titular assinala e coloca no mercado sob determinada marca. Tal prerrogativa ocorrerá quando um produto – já introduzido no mercado, mas ainda não em circulação – venha a ser objeto de modificações, deteriorações ou adulterações que modifiquem características importantes do mesmo⁷⁹. Nessas hipóteses, admite-se a possibilidade de reconhecer ao titular a faculdade de reagir judicialmente contra os autores das modificações⁸⁰ e mesmo a de exigir que a marca seja retirada dos produtos modificados⁸¹.

A sutileza das questões e a variedade de hipóteses práticas aconselham que se adotem critérios relativamente vagos, que admitam flexibilidade de análise e ponderação das circunstâncias concretas: por isso, os critérios propostos pela doutrina reconduzem-se, normalmente, a considerar se haverá uma violação do direito da marca apenas quando as alterações ou reparações provoquem uma modificação substancial das características do produto, de tal forma a modificar elementos essenciais à utilização do objeto, face ao seu estado original. Caso isso aconteça, vem sendo unanimemente reconhecido ao titular o direito de reagir judicialmente contra tais práticas⁸².

A prerrogativa que só tem sentido relativamente aos produtos já colocados no mercado, destina-se igualmente a assegurar que a marca desempenhe a função enquanto tal for necessário, isto é, enquanto os produtos se mantenham no circuito comercial. Entre nós este direito é

⁷⁹ No Acórdão do TJCE, de 4/11/1997, processo no. C-337/95, entre Parfums Christian Dior AS e Parfums Christian Dior BV vs. Evora BV, sobre o art.7º da Diretiva 89/104/CEE, houve pronunciamento no sentido de que o titular de uma marca não pode opor-se a que um revendedor, que comercializa habitualmente artigos da mesma natureza, mas não necessariamente da mesma qualidade que os produtos da marca, utilize a marca, com os meios habituais no seu ramo de atividade, para anunciar ao público a comercialização posterior de seus produtos, salvo se se provar que, tendo em consideração as circunstâncias específicas de cada caso, o uso da marca na publicidade do revendedor afeta seriamente a reputação da marca.

⁸⁰ Essa possibilidade é reconhecida no art. 7º da Diretiva no. 89/104/CEE, e no Regulamento sobre a marca comunitária, que excluem a aplicação da regra da exaustão do direito de marca, nos casos em que o estado dos produtos seja modificado ou alterado após a sua colocação no mercado.

⁸¹ Se um produto for sujeito a alterações ou adulterações significativas poder-se-á defender que deixou de ser um produto genuíno, na medida em que se diferencie consideravelmente do seu estado original. Pode-se afirmar que a proveniência de um produto alterado é já diversa da do produto original, em consonância com a tutela dos interesses do titular e dos consumidores: se admitirmos que a mesma marca assinale, indiferentemente, produtos alterados e originais, ficará comprometida a indicação de proveniência, pois que não haverá só uma fonte, mas sim várias para produtos da mesma marca.

⁸² A unanimidade quebra-se, porém, quanto à escolha das medidas repressivas a ser admitida nestes casos. Em um extremo, há quem sustente que bastará que seja imposta ao vendedor a obrigação de informar os adquirentes das transformações ocorridas no produto, mediante inscrições apostas junto às marcas, ou outros meios equivalentes, de forma a evitar-se o engano do público. Neste sentido LADAS, op. cit. p. 1110, informa ser esta a tendência da jurisprudência americana. Por outro lado, há quem reconheça ao titular o direito de, nesses casos, se opôr à revenda dos produtos enquanto estes ostentem a sua marca; nesta perspectiva, tais produtos apenas poderão ser revendidos desde que a marca seja removida. Neste sentido está a Lei BENELUX.

tutelado em sede de Concorrência Desleal⁸³, ficando restrita aos casos em que a lesão provenha de um ato de um concorrente do titular. Esta questão, reveste-se de uma importância crescente atualmente, visto que estamos em uma época em que a apresentação dos produtos e a publicidade se revelam decisivos na promoção das vendas. Além disso, a manipulação do acondicionamento de certos artigos, pode ter reflexos sobre o seu estado de conservação, como ocorre, por exemplo, com os produtos farmacêuticos⁸⁴.

Tratamos a seguir a exaustão e a sua dimensão territorial, tanto sob a perspectiva dos pressupostos como dos efeitos que defluem de tal limitação espacial.

3.1 - CARÁTER NACIONAL EM CONTRAPONTO AO CARÁTER INTERNACIONAL DA EXAUSTÃO DE DIREITO DE MARCA

A doutrina da exaustão é conhecida pela maioria dos sistemas jurídicos de marcas com relação aos pressupostos internos, isto é, com relação à circulação de produtos originais, que foram primeiramente comercializados no território de vigência da marca, tanto nos sistemas de marcas nacionais como nos supranacionais ou regionais. A exaustão nacional do direito de propriedade industrial dá-se quando a primeira venda for efetuada dentro do mercado interno do próprio país, razão pela qual, aplicando-se tal princípio, não pode o titular do direito, que colocou seus produtos em um determinado país, impedir as importações paralelas de produtos que nele fossem introduzidos.

O Brasil adotou tal princípio, significando dizer que, ocorrendo a primeira comercialização no Brasil, exauriu-se o direito do titular, mas, ocorrendo em outro país, não ocorrerá a exaustão⁸⁵. Há exceções⁸⁶ para as marcas que forem apostas em patentes sob licença compulsória, ou as que forem apostas para a importação com vistas à exploração de patente, casos em que não poderão ser argüidas a titularidade ou o direito exclusivo

⁸³ Na Lei de Propriedade Industrial, art. 195, inc.VIII: "vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave".

⁸⁴ Casos dos Acórdãos da Corte de Justiça Européia: Bristol-Myers Squibb/ Boehringer Ingelheim KG/Bayer AG v. Paranova A/S; Erim-Pharm v. Beiersdorf AG, Boehringer Ingelheim AG e Farmitalia Carlo Erba GmbH e MPA Pharma GmbH v. Rhone-Poulenc Pharma GmbH, cujas as ações envolviam a importação paralela de produtos farmacêuticos para a Dinamarca, através de uma empresa que retirava o invólucro dos produtos originais, reembalando-os. Estes Acórdãos mostraram a tendência de como estas atividades podem ser interpretadas à luz da Diretiva de Harmonização de Marca Comunitária e dos artigos 30 e 36 do Tratado de Roma. A Corte reconheceu e reconfirmou o princípio básico da propriedade intelectual que afixando uma marca, permanece a prerrogativa do titular, e que estes direitos são infringidos quando qualquer produto é reembalado ou qualquer outra marca for afixada neste, exceto sob condições específicas e bem definidas. CHAPMAN, Nancy Dwyer. BMS et al v. Paranova, Parallel Importation in Light of the European Court of Justice Decision. Trademark World, November/December 1996, p. 14 e ss.

⁸⁵ "A leitura contrario sensu desses dispositivos (art. 132, inc. III) demonstra que está proibida a importação paralela de produtos, se esses produtos não foram introduzidos no mercado interno, ou seja, no mercado brasileiro, com a autorização expressa ou tácita do titular". AMARAL, Luiz Henrique do. A Questão da Importações Paralelas: Reflexos nos Direitos Autorais. Anais do XVIII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual. São Paulo: Revista da ABPI, p. 60.

⁸⁶ Parágrafos 3º e 4º do artigo 68.

da marca, caracterizando-se, excepcionalmente, a exaustão internacional, desde que o produto tenha sido colocado no mercado internacional diretamente pelo titular da patente ou com o seu consentimento. Contrapondo-se ao caráter nacional está o caráter internacional da exaustão do direito de marca. Menos uniformidade se encontra no panorama do direito comparado acerca do reconhecimento do alcance universal à exaustão, que vem sendo admitida de forma consideravelmente ostensiva pelos tribunais dos Estados Unidos da América⁸⁷.

Segundo os princípios de exaustão dos Estados Unidos, um produto ostentando uma marca pode ser comprado e revendido sem alterações, assumindo que não há nenhum dolo presente no processo de revenda. Além disso, “*o titular da marca registrada não poderá ordinariamente prevenir ou controlar a venda dos produtos de marca, uma vez que o titular permitiu que estes entrassem no comércio. Pode ser dito que os direitos do titular da marca registrada são exauridos uma vez que o titular autoriza a venda inicial do produto sob sua marca registrada...*”⁸⁸.

De acordo com o pronunciamento de uma Corte americana⁸⁹, o princípio da exaustão de direito de marca é tratado de modo a asseverar que o detentor da marca não pode controlar mais os bens marcários após liberá-los para o comércio. Acrescentam em sua descrição que, após a primeira venda, o controle do detentor da marca está exaurido e, com isso, os varejistas estariam livres para expor e divulgar tais produtos e, por outro lado, os comerciantes podem divulgar a mercadoria ostentando a marca para a revenda, competindo com as vendas do detentor da marca, desde que não dêem a falsa impressão de agentes autorizados.

Entre uma e outra tese, situa-se uma terceira via, a exaustão comunitária, que possui alcance supralocal e, por isso, dar-se-á maior ênfase em virtude da já aludida tendência de formação de blocos econômicos.

⁸⁷ MACCARTHY, J. Th. , MacCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 3ª ed., Clarck-Board-Callaghan, Nova York, 1996. Inobstante a moderação com que vinham acolhendo a doutrina da exaustão internacional nos tribunais americanos, evitavam a possibilidade de enfrentar as questões relativas às importações paralelas; entretanto, seu Tribunal Superior reconhece a exaustão internacional do direito de autor em termos consideravelmente mais amplos do que até aquela data havia sido o reconhecimento da exaustão internacional do direito de marca: conforme *Quality King Distributors, Inc. v. Lanza Research Internacional ,Inc.*, S Ct 9/3/98, 1998 WL 96265 (U.S.), <http://suspect.law.cornell.edu>.

⁸⁸ Tradução do Restatment (Third) of the Law of Unfair Competition, parágrafo 24 cmt. B, at 254 (ALI 1995), in DAVIS, Theodore H. Jr. Territoriality and Exhaustion of Trademark Rights Under the Laws of the North Atlantic Nations. The Trademark Report. Official Journal of International Trademark Association. Vol. 89, N. 4, p. 660.

⁸⁹ *Osawa & Co. vs. V & H Photo*, 589 F Supp 1163, 1173-74, 223 USPQ 124, 132 (sdny 1984), idem ibidem.

3.2 - CARÁTER REGIONAL DA EXAUSTÃO DO DIREITO DE MARCA

Entre os países membros da União Européia, entretanto, tem havido nos últimos tempos uma reconsideração do alcance territorial da exaustão, e em particular uma limitação de seu alcance ao âmbito Comunitário Europeu, abandonando o reconhecimento de seu alcance internacional, como consequência da Diretiva de Marcas⁹⁰. Neste sentido, não deixa de ser significativo que a nova lei de marcas Alemã, no que há de alteração fundamental, limitou o alcance territorial da exaustão para a União Européia e ao Espaço Econômico Europeu, pondo fim a uma jurisprudência partidária ao alcance universal, precisamente por entender que semelhante solução ou resposta legislativa interna era exigência imposta pela Diretiva de Marcas⁹¹.

A exaustão comunitária é uma criação inicial da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Européias, formada em torno de casos em que se discutiam a compatibilidade do exercício de ação por violação de marca para impedir a importação e posterior comercialização no território de um Estado membro de produtos importados de outro Estado membro⁹². Assim, ficou estabelecido que a comercialização consentida em qualquer um dos Estados Membros determina a exaustão dos direitos conferidos pelas distintas marcas nacionais paralelas existentes no território da Comunidade⁹³.

Para efeitos de análise, suponhamos que X é titular de uma certa marca, e que a tem registrada nos Estados A, B, C, D e E. Que produz, sob essa marca, no Estado A, produtos que vende nesse mesmo Estado e que exporta para B. Que, no Estado C, existe um licenciado exclusivo de X, que aí produz e comercializa artigos desta marca. Que, em D, existe uma sociedade controlada majoritariamente por X, a quem este cedeu a marca registrada nesse Estado. E que, em E, existe uma empresa totalmente independente de X, que lhe adquiriu a marca para esse território. Suponhamos ainda que, devido aos elevados preços praticados por X, no mercado A, um operador independente adquire, a preços mais baixos, produtos dessa marca nos países B, C, D e E e se propõe importá-los em A. Isto posto, questiona-se se X poderá opor-se à importação desses produtos ?

⁹⁰ Foi instituído o Sistema Jurídico da Marca Comunitária através do Regulamento da CE Nº 40/1994, de 22/12/1993, em substituição à Diretiva 104/89/CEE.

⁹¹ Nos últimos tempos, com o marco dos processos de integração dos mercados nacionais, vem sendo consolidado um suposto de exaustão cuja eficácia territorial excede os limites do mercado nacional, mas não alcança o caráter universal. Trata-se da exaustão supranacional de eficácia limitada a um espaço econômico integrado de caráter supranacional. A denominada exaustão comunitária, cuja a característica mais relevante é seu fundamento, que não se encontra no sistema de marcas, mas no direito de integração econômica e, em particular, nas exigências estabelecidas em matéria de livre circulação de mercadorias no interior do mercado comum.

⁹² Estes conflitos se resolveram com o entendimento que tal conduta era contrária às normas do Tratado da Comunidade Européia sobre a livre circulação de mercadorias. O exercício da ação de violação de marca, para impedir a importação de produtos originais, inicialmente comercializados em outro Estado Membro, contraria os fundamentos comunitários, por entender-se que, nestes casos, obstaculizar a livre circulação não era objetivamente justificável pela proteção jurídica do objeto específico das marcas.

⁹³ Neste sentido, "Ideal Standard", "Bristol-Meyers Squibb, C.H. Boehringer Sohn, Bayer AG contra Paranova A/S", "Parfums Christian Dior AS e Parfums Christian Dior BV contra Evora BV", STPI 20-III-97, "Phytheron International SA contra Jean Bourdon SA", RGD, no. 636, 1997.

Quanto aos produtos que X colocou no mercado em B, não há qualquer dúvida que se trata de produtos autênticos, com a mesma procedência dos postos à venda em A. Esgotado que foi o direito de X, com a primeira colocação no mercado em B, deixou de poder controlar a circulação dos produtos que comercializou e não poderá, assim, opor-se a que alguém os importe em A. O mesmo se diga, em princípio, quanto aos produtos que provêm de C e de D: na medida em que tenham sido introduzidos no comércio com o consentimento de X (no caso de licença e no caso de empresas controladas pelo titular ou que dependem de um controle comum), tais produtos são autênticos e poderão ser livremente revendidos em A.

Ao invés, entendemos que os produtos procedentes de E, embora aí tenham sido legalmente colocados em circulação (pelo legítimo titular da marca local), não poderão ser livremente importados em A, como de resto em B, C e D, sendo a recíproca também verdadeira, ou seja, poderá o cessionário da marca em E opor-se à importação dos produtos oriundos de A, B, C e D. Esta solução decorre do fato de não existir qualquer ligação entre X e o adquirente da marca em E, seja contratual, seja econômica, que permita sustentar que os produtos de ambos têm a mesma proveniência. Tratam-se de titulares distintos, e a colocação de produtos no mercado que cada um deles efetue não goza, nem direta nem indiretamente, do consentimento do outro. Dizer que o consentimento decorreria remotamente, do contrato de cessão, é irrelevante na ausência de outros laços contratuais ou econômicos. De comum, entre os produtos de cedente e do cessionário, há apenas a origem da marca e não a procedência empresarial, que fundamenta a exaustão.

Em resumo, o titular de certa marca em um dado Estado não poderá opor-se, com base no direito de marcas, à importação de produtos dessa marca, oriundos de outro Estado, quando os mesmos aí tenham sido comercializados por si próprio ou por alguém com o seu consentimento. Esse consentimento poderá decorrer quer da existência de laços societários ou econômicos, quer de um contrato de licença. A exaustão do direito do titular não se produz, pelo contrário, quando se trate de produtos provenientes de um licenciado, quando esta tenha ultrapassado os limites temporais, ou ainda, referentes ao objeto da licença.

4 - AS IMPORTAÇÕES PARALELAS E SEUS REFLEXOS CONTRATUAIS

Os direitos da Propriedade Industrial⁹⁴ têm sido definidos como absolutos⁹⁵. Em uma definição amplíssima serão absolutos⁹⁶ todos os direitos que não dependem da vigência de uma relação jurídica. Mas, em uma outra mais restrita, serão apenas absolutos os direitos oponíveis *erga omnes*. A primeira definição, por ser tão ampla, não faz depender o conceito de direito absoluto da sua eficácia. De acordo com MENEZES CORDEIRO⁹⁷, os direitos relativos seriam dotados de oponibilidade *erga omnes*, considerando que as obrigações têm eficácia externa e que os direitos de crédito correlativos podem ser invocados fora da relação jurídica onde tiveram origem.

A possibilidade de apropriação das coisas incorpóreas⁹⁸, concebidas como bens economicamente úteis e, por isso, como coisas comerciáveis, impõe o reconhecimento da possibilidade de celebrar negócios jurídicos que tenham como objeto um Direito de Propriedade Intelectual. Como os direitos incorpóreos, em geral, os direitos sobre os sinais marcários são suscetíveis de ser transferidos. Há dois tipos básicos de instrumentos mediante os quais circulam os direitos ao aproveitamento econômico das marcas: as cessões, em virtude das quais o titular de uma marca transfere a um terceiros seus direitos sobre as mesmas, e as licenças, atos em que os titulares retêm seus direitos sobre a marca, autorizando um terceiro a utilizá-la.

O regime jurídico das cessões e das licenças de marcas é complexo⁹⁹. Trata-se de atos de natureza contratual, cujas as bases de validade e efeitos jurídicos encontram-se no Direito

⁹⁴ "(...) não obstante aja uma grande quantidade de doutrinas sobre a Propriedade Industrial correspondente ao campo dos Direitos Naturais, Direitos Pessoais, Direitos Reais, como já vistas à saciedade por Pontes de Miranda, preferiu a lei atual especificar que os Direitos de Propriedade Industrial são considerados "bens móveis" e, como tais, direitos reais." (art. 5º da LPI), SOARES, José Carlos Tinoco. Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos. São Paulo: RT, 1997, p. 19.

⁹⁵ "(...) Todavia, no que se refere à essência de sua estrutura, a propriedade industrial e a propriedade móvel são semelhantes: trata-se, em ambos os casos, de direitos absolutos, isto é, direitos que impõem um dever universal (*erga omnes*) de observância". ZAVASCKI, Teori Albino. Execução dos Direitos de Propriedade Industrial. Revista da ABPI, Anais do XVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, 1997, p. 68.

⁹⁶ Segundo ZAVASCKI, a natureza do direito absoluto da propriedade industrial está expressa, no que tange às marcas, no art. 129 da Lei 9.279/96, a saber: "Art. 129. A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta lei, sendo assegurado ao titular o seu uso exclusivo em todo o território nacional...". Op. cit., p. 69.

⁹⁷ MENEZES CORDEIRO. Teoria Geral do Direito Civil, vol. I, parágrafo 6, no. 23, p. 169.

⁹⁸ Tal afirmação decorre da subordinação da Propriedade Intelectual aos princípios que regem o Direito Civil em geral, e os Direitos Reais, em particular. Não é concebível a transmissão física das coisas incorpóreas, as quais não são suscetíveis de posse; ainda que seja possível atribuir à figura jurídica da posse uma função ampla, abrangendo situações de titularidade aparente de direitos sobre coisas incorpóreas. Porém, é inegável a influência das figuras realistas no regime dos contratos envolvendo à Propriedade Intelectual. Neste sentido, PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 5ª ed., 1978, RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil, São Paulo: Saraiva, vol. 5, 16ª ed., 1988, GOMES, Orlando. Direitos Reais, Rio de Janeiro: Forense, 8ª ed., 1983.

⁹⁹ De acordo com BERTONE e CABANELLAS. Derecho de Marcas. Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales. Buenos Aires: Editorial Heliasa. Tomo II, 1989, p. 302, a distinção entre cessão e licença é a que a primeira supõe basicamente a transferência da totalidade dos direitos existentes sobre o sinal marcário e a segunda, implica unicamente na autorização para utilizar a marca, retendo ao titular da marca os direitos restantes relativos à mesma.

dos Contratos. Os atos vinculados às marcas são suscetíveis de ter efeitos substanciais sobre o comportamento dos mercados e sobre a concorrência. Neste Capítulo tratar-se-á especificamente das licenças de marca, uma vez que é o instrumento jurídico pelo qual o titular de um direito de propriedade industrial autoriza um licenciado a utilizar sua marca, ainda que não necessariamente na mesma extensão. Deste modo, a substância do direito é retida pelo titular, mas a utilização é transferida ao licenciado. Logo, a outorga de uma licença é, conseqüentemente, um ato de disposição relativo ao direito tutelado, sendo que o licenciado obtém um direito concreto, consistente de uma parte do direito tutelado¹⁰⁰.

A determinação da natureza jurídica do contrato de licença de marca, imprescindível para enquadrá-lo corretamente no princípio geral dos contratos, que o rege, deve partir da definição do elemento essencial destas licenças. Este elemento essencial é a obrigação que assume o licenciante de não exercer ações contra o licenciado de uma marca pelo uso desta, ou seja, implica autorizar o uso. Os contratos de direito de marca podem ser qualificados como reais¹⁰¹ ou obrigacionais, mas o critério de distinção não pode deduzir-se da noção comum de exclusividade¹⁰². A solução do problema da eficácia das cláusulas contratuais depende da resolução do problema da definição do conteúdo destes contratos. No entender de LIMONGI FRANÇA¹⁰³, enquanto a cessão implica em alijamento da marca em relação ao titular, em benefício do cessionário, a licença de uso se restringe ao direito de exploração por parte do beneficiário, remanescendo a titularidade vinculada ao cedente.

Todos os contratos produzem efeitos em relação a terceiros¹⁰⁴. Neste sentido, os contratos têm uma eficácia externa¹⁰⁵. A questão está em saber se os efeitos produzidos resultam

¹⁰⁰ "En el ámbito del Derecho de la propiedad industrial se entiende por licencia la autorización a utilizar un derecho subjetivo de propiedad industrial de la misma manera, aunque no necesariamente con la misma extensión, que el propietario. Esse derecho subjetivo queda, en cuanto a su substancia, en poder del mismo titular, pero el uso se transfiera al licenciario. La concesión de una licencia es en consecuencia un acto de disposición respecto del derecho subjetivo. El licenciario obtiene un derecho concreto (*gegenständliches Recht*), o sea una parte del derecho subjetivo. Si se le transfiera un derecho exclusivo de uso, adquiere efectos erga omnes contra terceros. Por el contrario, si el licenciario adquiere un simple derecho de uso, que lo autoriza a tal uso juntamente con el licenciante y con otros licenciarios, se tratará de un derecho relativo, con efectos solamente contra el licenciante". BAUMBACH e HEFERMEHL, citados por BERTONE e CABANELLAS, op. cit., p. 367/368.

¹⁰¹ "Como se percebe, os direitos de propriedade industrial têm, como contrapartida, uma obrigação de não fazer. A prestação específica consiste, essencialmente, em não fazer uso da propriedade industrial alheia sem o consentimento do titular". ZAVASCKI, op. cit. p. 68.

¹⁰² Para OLIVEIRA ASCENSÃO, a exclusividade pode servir de critério interpretativo, mas não é suficiente para definir a eficácia do direito. ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Comercial II – Direito Industrial, no. 102-II, p. 389-90.

¹⁰³ FRANÇA, R. Limongi. Cessão de Marca Comercial. Parecer em Direito Empresarial Aplicado. São Paulo: Lejus, 1998, p. 274.

¹⁰⁴ "Mas lo cierto es que el contrato, una vez realizado, penetra en el mundo de la realidad jurídica y se instalación del contrato en el mundo de la realidad jurídica acontece que todo el comercio jurídico tiene que contar con los contratos ya realizados. Los contratos que se van realizado contemplan y se basan em situaciones jurídicas creadas por otros contratos que se realizaron antes. El contrato, como fenómeno que se instala en el mundo de la realidad jurídica, no es jamás indiferente para los terceros "(omissis). PICAZO, Luis Díez e GTILLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 4ª ed. Madri: Tecnos, v II, p. 126, citado por AZEVEDO, Antônio Junqueira, em parecer publicado na RT 750/113-120.

¹⁰⁵ Diz-se interna a eficácia que relaciona as partes entre si e que, por isso, pode dar origem a responsabilidade obrigacional. Diz-se externa a eficácia dos contratos face a terceiros, estranhos à relação contratual. Ambas as expressões não se referem aos efeitos próprios dos contratos, mas aos reflexos dos direitos e obrigações constituídos através deles. VITORINO, op. cit., p. 199.

diretamente do vínculo contratual, ou se procedem do fato negocial, coisa alheia aos terceiros, mas que pode vir a afetá-los indiretamente.

Os terceiros não ficam, no entanto, vinculados ao contrato; tão só ao generalíssimo dever de não prejudicarem os outros¹⁰⁶. Se não conhecerem, nem devessem conhecer a relação jurídica, para cuja quebra vierem a contribuir ao contratarem com uma pessoa já vinculada perante outrem, não respondem por nada, nem perante ninguém; quando, porém, souberem que celebrando o negócio, forcem a quebra de um compromisso anterior e que, assim prejudicam alguém, serão responsáveis civilmente¹⁰⁷. Desta forma, nas licenças, pelas quais se constituem obrigações dependentes de uma relação jurídica, o direito originado a favor do licenciado é oponível ao titular e aos terceiros que pratiquem atos que impeçam o gozo da concessão feita. Significa que as licenças, embora não constituam direitos absolutos, são dotadas de eficácia externa¹⁰⁸.

Afirma OLIVEIRA ASCENSÃO, em relação à propriedade industrial que “*a lei que estabelece o direito sobre um bem imaterial não dá ao titular facultades que ele anteriormente não tivesse; o seu sentido é privar os terceiros dessas facultades. Eis por que nos parece de rejeitar a admissão de um conteúdo positivo, que não seja mero reflexo da proibição imposta aos terceiros*”¹⁰⁹.

A responsabilidade obrigacional constitui o meio judicial de assegurar a satisfação da prestação, assim como a reivindicação constitui o meio jurídico de garantir a restituição da coisa esbulhada. Entretanto, para que seja avaliada a responsabilidade extra obrigacional, deve-se definir a forma da ilicitude e avaliar o peso do dano, para melhor estabelecer o alcance do dever de indenizar do terceiro, que impediu ou contribuiu para o incumprimento do contrato de licença, ou ainda daquele que prejudicou o gozo do titular do direito derivado da transmissão.

O conceito de ilícito deve abranger também os casos em que o fato danoso só indiretamente se traduziu na violação do direito, porque o impedimento ao cumprimento não é idêntico ao incumprimento propriamente dito. É possível que neste impedimento

¹⁰⁶ “*En realidad, y dado que, como decía Ihering, todo negocio jurídico produce en efecto reflejo para los terceros de modo involuntario (porque al igual que ocurre en el mundo físico o natural, todo hecho jurídico no se puede aislar en el mundo jurídico, sino que se relaciona con todo su entramado), es claro que los terceros han de respetar la situación jurídica creada por el contrato, absteniéndose de la celebración de otro contrato con aquél incompatible porque lesiona las posibilidades de su cumplimiento. Pero eso respecto está condicionado a que los terceros lo cono zean antes*”. PICAZO e GTILLÓN, citado por AZEVEDO JUNQUEIRA, op. cit.

¹⁰⁷ A afirmação da existência de um dever geral de respeito expande-se para além dos simples direitos subjetivos. O princípio que manda não lesar os outros – *alterum non laedere* – abrange todas as situações em que sejam violadas normas jurídicas, sendo ilícita a conduta que causar um dano injusto, ou seja, que impede uma violação deste princípio. O dano não deixará de ser reflexo da violação de um direito ou de um interesse, porém, a função da responsabilidade civil será sempre a de reparar os danos injustos. Essa infração, por ser equivalente ao incumprimento, terá como consequência um dano não contratual, não sendo seu resultado, portanto, a privação do bem, mas a frustração do fim.

¹⁰⁸ Se a licença for exclusiva, goza o seu titular de uma faculdade que pressupõe a exclusão de todos. O seu direito é oponível àqueles que usem a faculdade que lhe foi concedida e, por isso, pode pedir a cessação dessa atividade. VITORINO, op. cit. p. 200.

¹⁰⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Comercial II – Direito Industrial, no. 102-II, p. 399.

haja uma violação do interesse do credor à prestação. A função da responsabilidade extra obrigacional é de reparar os prejuízos injusta ou ilicitamente sofridos¹¹⁰. Entendida a ilicitude como a violação de um direito subjetivo ou de um interesse legalmente protegido, há uma abstração de conceitos, que levariam à aproximação das noções de ilícito, de responsabilidade e de imputabilidade, correlativas dos três pressupostos da tutela aquiliana¹¹¹: a ilicitude¹¹², o dano e a causalidade.

Os contratos de licença de marca podem ser classificados de acordo com alguns critérios: licenças simples e exclusiva; licenças onerosas ou gratuitas; licenças restritas ou ilimitadas. Interessa-nos para o estudo das Importações Paralelas abordar mais detalhadamente as licenças simples e exclusivas. As licenças simples são contratos em que o licenciante limita-se a autorizar o uso da marca, sem assumir compromisso algum com relação a outorgar iguais licenças para terceiros e sem renunciar seu próprio direito de usar a sua própria marca. Por outro lado, as licenças exclusivas outorgadas em favor de um licenciado faz com que o licenciante obrigue-se a não contratar com terceiros autorizações de uso similares a outros licenciados, inclusive, se assim for expresso no contrato, que o próprio licenciante abstenha-se de usar ele mesmo a sua marca. Como a essência da licença é uma autorização de usar a marca por via da abstenção de exercer ações marcárias com que contam os titulares de marca, para que uma licença seja exclusiva deve haver disposição expressa de tal cláusula¹¹³.

¹¹⁰ No direito romano clássico, a função da responsabilidade aquiliana era limitada concretamente pelo princípio da tipicidade; no direito moderno a ilicitude é definida abstratamente. RUGGIERO observa que a definição moderna de ilicitude é amplíssima, mas parece manter-se ligada ao princípio clássico, podendo afirmar-se que nem toda a violação é delito, ou seja, causa para responder extracontratualmente, desde que existam outros meios de atuação judicial, como a reivindicação ou a própria responsabilidade contratual. In *Instituições de Direito Civil*, pp. 414 e ss.

¹¹¹ “Efetivamente se um contrato deve ser considerado como fato social, como temos insistido, então a sua real existência há de impor-se por si mesma, para poder ser invocada contra terceiros, e, às vezes, até para ser oposta por terceiros às próprias partes. Assim é que não só a violação de contrato por terceiro pode gerar responsabilidade civil deste (como quando terceiro destrói a coisa que devia ser prestada, ou na figura da indução ao inadimplemento de negócio jurídico alheio), como também terceiros podem opor-se ao contrato, quando sejam por ele prejudicados (o instituto da fraude contra terceiros é exemplo típico disto)”. NORONHA, Fernando. *O Direito do Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.119.

¹¹² “Fala-se também que, em homenagem aos princípios éticos, não se deve tolerar o conluio entre o contratante e o terceiro quando realiza um negócio intencionalmente voltado para frustrar o direito de outro contratante. Dito terceiro, quando nada, teria praticado ato ilícito doloso, e assim deveria ficar solidariamente responsável pela reparação dos danos correspondentes ao inadimplemento do contratante faltoso”. THEODORO JR, Humberto. *O Contrato e seus Princípios*, Rio de Janeiro: AIDE, 1999, 2ª ed., p.31.

¹¹³ “Cuando, existiendo una licencia simple, el licenciante concede posteriormente una licencia exclusiva, la prioridad temporal de la primera hace que ni el licenciatario exclusivo ni el licenciante puedan trabar de manera alguna los derechos derivados de tal licencia simple. El licenciatario exclusivo posterior podrá acionar contra el licenciante en función del conocimiento que hubiere tenido, al suscribir el contrato, respecto de las licencias preexistentes”. BERTONE e CABANELLAS, op. cit., p. 385/387.

A cláusula de exclusividade¹¹⁴ pode ser estipulada ou não, tal como ocorre em grande variedade de contratos, e ser unilateral ou bilateral¹¹⁵. O titular do direito de marca, em muitos casos, compromete-se a não efetuar vendas diretas nas zonas exclusivas e o licenciado a não comercializar produtos que competem com os do fabricante. A exclusividade sobre um produto a cargo do licenciado não se perde pela eventual distribuição simultânea de outros produtos¹¹⁶.

No Brasil, para que um Contrato de Licença de Marca tenha efeito perante terceiros¹¹⁷, deve ser averbado no INPI¹¹⁸, sendo dispensável para efeito de validade de comprovação de uso de marca¹¹⁹; porém, faz-se necessária para autorizar o licenciado a mover ação contra terceiros em caso de violação das marcas licenciadas e também para fins de remessa de royalties ao exterior e obtenção de benefícios fiscais. Salienta-se que este tipo de contrato fica sujeito às normas gerais contidas no Código Civil e a algumas normas específicas estabelecidas na Lei de Propriedade Industrial e, de acordo com o Ato Normativo no. 136 do INPI, tal instrumento deverá conter: partes¹²⁰, objeto¹²¹, preço¹²² e prazo¹²³.

¹¹⁴ "(...) A exclusividade na distribuição é, via de regra, um componente essencial da licença ou cessão temporária de uso de direito de autor para garantir tais investimentos". LUIZ HENRIQUE DO AMARAL refere-se aos Contratos de Direitos Autorais; porém, tal afirmativa é também, válida para os Contratos de Marca. Prossegue: "(...) A equação econômica do contrato depende da maximização dos resultados na distribuição dos produtos, a qual resultará do aumento de escala de produção conjugado a uma gradual redução do custo e preço ao consumidor final". Op. cit. p.55

¹¹⁵ No domínio das obrigações constituídas por intermédio de uma licença exclusiva, o conflito só existirá efetivamente se, interpretando funcionalmente o contrato, existir uma incompatibilidade entre o direito primeiramente concedido e a concessão posterior da mesma faculdade. Assim, só existirá uma incompatibilidade entre duas licenças se, pelo menos, uma delas for exclusiva, porque as licenças simples pressupõem a possibilidade de concorrência, à qual corresponde a definição formal de não exclusividade da relação jurídica entre o titular da marca e o concessionário da faculdade de exploração.

¹¹⁶ A exclusividade supõe uma limitação da concorrência e requer um âmbito espacial e temporal, porque sua vigência se estende ao prazo de duração convencionado; entretanto, quaisquer das partes podem denunciá-lo a qualquer tempo. MARZORATI (Op. cit., p.66), ilustra com a jurisprudência argentina (CNCom, Sala C, 5/11/81, ED, 97-691), no sentido de que "*la cláusula de exclusividad debe ser limitada en el tiempo y no siéndolo cada parte puede denunciarlo en todo momento*".

¹¹⁷ Está expresso na LPI, art. 136, que o INPI procederá as anotações de cessões (inciso I), assim como de qualquer limitação ou ônus que recair sobre o pedido ou registro (inciso II), estabelecendo, no artigo seguinte, que tais anotações produzirão efeitos perante terceiros, a partir da data de sua publicação. A Seção seguinte, Da Licença de Uso, arts. 139 a 141, prevê que o titular ou depositante poderá celebrar Contrato de Licença de Uso de Marca sem que prejudique seu direito de exercer controle efetivo sobre esta, podendo ser também o licenciado investido de todos os poderes para agir em defesa da marca, dispondo que o Contrato, para que produza efeito perante terceiros deverá ser averbado perante o INPI.

¹¹⁸ Art. 140 caput e parágrafo 1º, Lei 9.279/96.

¹¹⁹ Art. 140, parágrafo 2º, Lei 9.279/96.

¹²⁰ O art. 82 do Código Civil estabelece que para um ato jurídico válido é necessária a existência de partes capazes (além do objeto lícito e da forma prescrita ou não defesa em lei), sendo que a licenciante estrangeira capaz é a efetiva detentora da propriedade industrial objeto do contrato.

¹²¹ O contrato deverá especificar claramente as marcas objeto da licença. Poderão celebrar contratos de licença tanto o titular de registro como o depositante da marca objeto de licença.

¹²² É obrigatória a cláusula que estabelece o valor e condições do pagamento de royalties.

¹²³ As marcas poderão ser licenciadas por tempo indeterminado, ficando sujeito o licenciamento à efetiva prorrogação das marcas licenciadas.

Esta modalidade contratual vem sendo cada vez mais habitual e, pode-se mesmo dizer, mostra-se, imprescindível para acessar mercados distantes, no avançado estágio em que se encontra a economia internacional, onde o maciço intercâmbio comercial convive com o estreitamento de margens de lucro e a cada vez maior necessidade de ganhos em escala¹²⁴. Imprescindível que haja a supervisão das partes contratantes sobre todo o processo de comercialização¹²⁵, para que sempre esteja salvaguardada a proteção da marca, que representa o potencial de vendas futuras aos consumidores. Isso viabiliza-se pelo acerto entre os contratantes, relativamente à delimitação de áreas de atuação e às restrições dos direitos do distribuidor¹²⁶.

No âmbito das licenças de marca, surge a questão se ocorrerá a exaustão de direito do titular da marca, caso o licenciado, violando os termos do contrato, proceda a comercialização dos produtos em condições que lesem os interesses daquele. As posições alinham-se basicamente em dois grupos: os que recorrem, de maneira formalista, a um critério puro de consentimento; porém, há outros que preferem encarar o problema à luz da função da marca.

Para os primeiros¹²⁷, não ocorrerá a exaustão do direito do titular quando o licenciado coloque produtos no mercado em violação de quaisquer requisitos ou condições estipulados no contrato de licença; logo, nessas hipóteses, estará ausente o consentimento do titular, que fora condicionado ao cumprimento dos termos contratuais. Sendo assim, o comportamento do licenciado traduz-se numa contrafação e, conseqüentemente, os produtos assim postos em circulação estão ao alcance do direito exclusivo do titular, que

¹²⁴ "É decorrência natural desse arranjo que haja restrições de parte a parte no sentido de o titular não licenciar tais direitos a terceiros no referido território, em contrapartida do compromisso do produtor/distribuidor em aumentar a produção e não comercializar os produtos fora do território contratual, de modo a concentrar seus esforços na região autorizada e a não invadir indevidamente contratos exclusivos". AMARAL, Luiz Henrique do. *A Questão das Importações Paralelas: Reflexos nos Direitos Autorais*. Publicação da ABPI, Anais do XVIII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, 1998, p. 55.

¹²⁵ "Ao distribuidor, convém verificar em que países há licenciados e obter a negativa expressa do titular dar o seu consentimento aos importadores avulsos, assim como ao terceiro importador interessa obter o consentimento expresso do titular ou importar diretamente do mesmo". FEKETE, Elisabeth Kasznar. *Importações Paralelas: A Implementação do Princípio da Exaustão de Direitos no Mercosul, Diante do Contexto de Globalização*. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, Anais do XVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, 1997, p. 76.

¹²⁶ Há um planejamento comercial ao estabelecer preços unitários, regime de mercado, aceitação e colaboração de um determinado programa de propaganda e publicidade, centralizado pelo titular da marca e dividido com maior ou menor intensidade pelo distribuidor, ao que se une a obrigatoriedade de ter o estabelecimento em condições condizentes para atender o mercado, que compreende a zona de influência do distribuidor. Tal controle não significa subordinação técnica, nem econômica ou jurídica, posto que o distribuidor é independente. No contrato de distribuição, é previsto que o cumprimento de certas diretivas impostas pelo fornecedor, não implica em alienação da independência econômica e técnica do distribuidor, senão o meio de desenvolver um regime de cooperação.

¹²⁷ Entre os quais MATHÉLY, *Le Droit Français des Signes Distinctifs*. Paris, 1984, p. 372, que discorda da aplicação do princípio da exaustão dos direitos, sendo um adepto da teoria da licença tácita, qualificando tudo o que escape ao âmbito de uma licença expressa de contrafação.

poderá promover judicialmente a sua apreensão¹²⁸. Entre os segundos¹²⁹, a existência de contrafação ou, inversamente, de exaustão do direito, dependerá de saber se a cláusula contratual¹³⁰ violada pelo licenciado respeita ou não ao núcleo essencial do direito sobre a marca, imprescindível à salvaguarda da função indicativa da proveniência. Para estes autores, existirá contrafação nos casos de violação de disposições contratuais¹³¹, destinadas a delimitar a duração da licença e o tipo de produtos que esta abrange. Nestas hipóteses, o licenciado atuará como um terceiro, sem qualquer vínculo ao titular, ou porque o contrato já se extinguiu, ou porque não respeita aos produtos em questão¹³².

Como já vimos, a extensão dos direitos sobre a marca variam de acordo com cada país. Não existe uma uniformidade de tratamento com relação aos casos em que um licenciado, autorizado para utilizar a marca em um determinado país, vende, por si ou por terceiros, os produtos identificados com tal marca em outros países onde o mesmo licenciante é o titular dos direitos sobre esta, e que com relação a estes territórios ele não tenha outorgado uma licença. Vê-se, pois, que em alguns países, com base no Princípio da Exaustão de Direito de Marca, considera-se que o licenciante, uma vez tendo autorizado a utilização de uma marca em um determinado país, não pode impedir a circulação dos produtos em outras jurisdições.

Por outro lado, em outros países, dá-se aos direitos sobre as marcas um caráter estritamente territorial, impedindo-se as importações identificadas com marcas ali tuteladas, mesmo que a marca tenha sido colocada no exterior com autorização do titular. O titular da marca não encontra respaldo para proibir esta situação no art. 9º da Convenção de Paris¹³³, na medida em que este artigo trata de produtos ilicitamente

¹²⁸ Um tipo de cláusula típica dos contratos de licença de marca - as limitações territoriais -, que definem a área geográfica em que deve restringir a atividade do licenciado em um determinado território, dentro do qual os produtos poderão ser colocados em circulação, diz respeito à definição do âmbito da licença, pertinente ao campo espacial, da mesma forma que as cláusulas relativas à execução do contrato respeitam ao âmbito temporal ao real do contrato em questão. Assim, a violação de uma cláusula atinente ao objeto ou à vigência do contrato de licença, na medida em que subtrai a conduta do licenciado à esfera do consentimento do titular, macula de ilicitude a colocação dos produtos no mercado, não ocorrendo, quanto a estes, a exaustão do direito do titular da marca.

¹²⁹ CORNISH, op. cit., p. 563, MARCHETTI, *Lépusement du droit*, Nice: p. 63 e 65.

¹³⁰ A tutela dos interesses do titular, lesado pelo incumprimento, situa-se no âmbito da responsabilidade contratual e não da propriedade industrial. Segundo o ensinamento de GILSON, op. cit. 216-217, ao referir-se às cláusulas de limitação das quantidades e de tipos de produtos, a jurisprudência americana considera validamente colocados no mercado (não contrafeitos), os produtos fabricados em excesso das quantidades autorizadas pelo titular (*overrun goods*), não sendo tratada da mesma forma a produção de um tipo de produto não abrangido pela licença.

¹³¹ O mesmo não ocorrerá, quando sejam descumpridas cláusulas atinentes à execução do contrato, tais como pagamento de royalties, quantidades a comercializar, preços de venda, categorias de consumidores a evitar ou condições de revenda a impor aos adquirentes. Nesta situação, o inadimplemento do licenciado não é suscetível de ter reflexos sobre a autenticidade dos produtos, aferida em função da legitimidade de quem os coloca no mercado. O desrespeito destas cláusulas deverá, pois, ser sancionado apenas à luz do Direito da Obrigações, não impedindo que os produtos colocados no mercado, nestas circunstâncias, possam circular livremente como produtos autênticos.

¹³² Seria o caso em que o titular de uma marca de artigos esportivos, incluindo, por exemplo, tênis, bolsas, camisetas, houvesse concedido uma licença referente apenas a tênis; caso o licenciado colocasse no mercado bolsas esportivas sob a marca do titular, estaria a cometer um delito de contrafação, não se esgotando o direito do titular relativamente a estes produtos.

¹³³ "Art. 9º CUP: O produto ilicitamente assinalado com uma marca de fábrica ou de comércio ou por um nome comercial será apreendido ao ser importado nos países da União onde essa marca ou esse nome comercial têm direito a proteção legal".

assinhalados com uma marca; desta forma o detentor do direito dependerá da interpretação da lei de marca do país importador, que determinará se a marca é assinalada lícita ou ilicitamente

Conclui-se, portanto, que a parte diretamente interessada na exclusividade é principalmente o licenciado, que pode assim absorver para si o valor da marca e sua capacidade de traír clientela e obter retorno de seus investimentos efetuados para a exploração deste mercado. Por outro lado, o licenciante, ao outorgar uma licença exclusiva, poderá ver limitada sua autonomia sobre o direito de sua marca, uma vez que, sob tal premissa, teria que abster-se de explorar diretamente¹³⁴ tal mercado, e de realizar novas licenças, pois tal conduta danosa enseja reparação, à medida em que, ao outorgar a exclusividade, há uma obrigação essencial de abster-se de usar a marca dentro dos termos acordados com o licenciado.

No Brasil, devido ao acordo firmado¹³⁵ entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE - e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI -, algumas cláusulas contratuais podem ser consideradas como restritivas, quando analisadas sob o aspecto das normas de livre concorrência, reprimindo eventuais práticas que possam ser cometidas em virtude de, por exemplo, abuso de posição dominante¹³⁶. No Capítulo que segue, abordar-se-á as Importações Paralelas sob o enfoque concorrencial.

¹³⁴ O supra aludido autor faz um estudo de direito comparado, segundo o qual aborda posições discordantes sobre capacidade do licenciante poder utilizar a marca por si próprio, mesmo tendo outorgado uma licença exclusiva para um dado território. Diz que no Direito Alemão considera-se que a licença exclusiva acarreta a proibição do licenciante para utilizar por ele mesmo a marca. Na Itália, diz que há controvérsias, esclarecendo que de acordo com a Doutrina de FRANSCHESCHELLI e GUGLIELMETTI, é considerado que o licenciante retém o direito de uso, não criando tal confusão com o uso da marca pelo licenciado; já a jurisprudência deste país mostra opiniões favoráveis à perda do direito de uso pelo licenciante, quando este conceder uma licença exclusiva, sem haver cláusula ressalvando tal direito. CABANELLAS, op. cit., p. 430.

¹³⁵ Convênio de Cooperação Técnica, celebrado em maio de 1997.

¹³⁶ “Assim, por exemplo, em tese caberia ao titular, no contrato de licença, reservar expressamente seus direitos nos demais territórios (externos à licença), inserindo cláusulas restritivas à concorrência pelos licenciados; contudo, é necessário para tanto verificar se a legislação antitruste o permite. Nessa mesma linha, seria recomendável, para o titular, evitar dar consentimento expresso às atividades alheias ao contrato de licença, ou melhor, expressar sua proibição contratual, pactuando que o licenciado ou distribuidor exclusivo está proibido de exportar aos países não cobertos pela licença, ou seja, expressar o seu ‘não consentimento’, ou ainda, o titular compromete-se a não vender diretamente a terceiros sediados no Brasil ou que possam vir a exportar para o Brasil, sujeitando-se tais restrições, contudo, às normas de livre concorrência”. FEKETE, op. cit. p. 97.

5 - AS IMPORTAÇÕES PARALELAS E SEUS REFLEXOS CONCORRENCIAIS

A liberdade de atividade econômica é bem jurídico superior do direito da concorrência¹³⁷, protegida ante seu caráter de princípio constitucional e indispensabilidade para o bom funcionamento da economia de mercado. Essa liberdade de atividade fundamenta-se em dois bens jurídicos: a liberdade e a lealdade na concorrência¹³⁸. Contudo, *“a exigência de lealdade na concorrência jamais estará em conflito com a liberdade na concorrência, uma vez que a concorrência que não for leal, mais cedo ou mais tarde, deixará de ser livre em decorrência da eliminação dos concorrentes”*¹³⁹.

A legislação da Propriedade Industrial protege a lealdade da concorrência¹⁴⁰ sob o enfoque privado¹⁴¹, ou seja: através da concessão de registros e licenças a determinados agentes econômicos é possibilitado o direito de propriedade sobre ativos intangíveis, garantindo uma exclusividade de exploração e protegendo os titulares do uso indevido efetuado por terceiros. Sem estas garantias, seria difícil mobilizar investimentos, uma vez que o seu retorno seria minimizado ou anulado pelos imitadores. Com isto, os consumidores obteriam, a curto prazo, vantagens de preço; já a sociedade, a médio e longo prazo, ver-se-ia privada de inovações úteis.

¹³⁷ LEONARDOS, Gabriel L. A Relação entre o Direito Antitruste e o Direito da Propriedade Industrial. Revista da Associação brasileira da Propriedade Intelectual. Anais do XVI Seminário nacional da Propriedade Intelectual, 1996, p. 121; esta linha de raciocínio é compartilhada pelo ex presidente do CADE, Gesner Oliveira, que o CADE deve evitar ingerências indevidas estratégias comerciais das Empresas, pois o uso de critérios intervencionistas e subjetivos podem implicar na substituição da falha de mercado pela falha do Estado. (Ato de Concentração n. 58/95, Requerentes: Companhia Cervejaria Brahma, Miller Brewing Company e Miller Brewing M 1855, INC).

¹³⁸ “Haverá estado de deslealdade concorrencial sempre que e em qualquer situação em que o empresário honesto ou o consumidor (as duas pontas da relação econômica de mercado) forem prejudicados. O primeiro na sua condição de força viva da economia atuante nos estritos limites da ética, da legalidade, da honestidade, da licitude, da boa-fé e da criatividade na busca da competitividade ótima, e o segundo, no exercício de seu sagrado e inalienável direito de livre acesso e livre escolha dos produtos de sua preferência, pelo preço justo, no livre mercado global.” ARIBONI, Pietro, Concorrência Desleal, Revista da Associação brasileira da Propriedade Intelectual. Anais do XVI Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, 1996, p. 125.

¹³⁹ LEONARDOS, op.cit., p. 120.

¹⁴⁰ Na doutrina portuguesa, há quem distinga, amparado no magistério de Paul Roubier, os direitos privativos da propriedade industrial e a repressão da concorrência desleal, afirmando que, através dos primeiros, busca-se proteger uma utilização exclusiva de determinados bens imateriais, enquanto através da segunda, se pretende estabelecer deveres recíprocos entre os vários agentes econômicos. OLAVO, Carlos, Concorrência Desleal e Direito Industrial, in Concorrência Desleal, Curso promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: Almedina-Coimbra, 1997, p. 64;

¹⁴¹ “... a partir do momento em que se assegura a proteção dos patentes, marcas, know how, etc..., admite-se a criação de um monopólio privado, pois àquele detentor do direito de propriedade industrial é assegurada a exclusividade de sua exploração. Por outro lado, com a instituição dessas ilhas de proteção, as regras sobre a propriedade industrial colocam à disposição das empresas instrumentos que se prestam à luta concorrencial, impedindo que a vantagem competitiva de um agente econômico seja por outro indevidamente incorporada. Nesse sentido, os direitos de propriedade industrial acabam por proteger o progresso tecnológico dos agentes econômicos e, conseqüentemente, do sistema produtivo.” FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste, São Paulo: RT, 1998, p. 245. No mesmo sentido, SILVA, Eugênio Costa e. A Concorrência no Mercosul: Considerações Preliminares. Revista de Direito Econômico. Brasília: CADE, jan/jul. 1997

Segundo HEINZ MÜLLER¹⁴², “a ética social condenou, muitas vezes, no passado, a concorrência, certamente porque nela vence o mais forte. Mas nisto ela desconsiderou que a concorrência cumpre, ou pode cumprir, funções importantes para a coletividade. Isso vale, preferencialmente, de uma concorrência numa ordem estabelecida pelo Estado, que se estende ao impedimento de concorrência desleal e à exclusão de restrições da concorrência. (...) Socialmente, a concorrência abre e garante a todos os participantes (fabricantes) e compradores (receptores) uma medida máxima de liberdade no processo mercadológico. Cada indivíduo não é determinado, nas suas ações, pelo Estado e seus órgãos, mas pode ocupar-se livremente na economia, nos limites colocados para ele pela liberdade dos outros. Esses limites colocados para ele não são arbitrários, porém se encontram na natureza das coisas. São amplamente de natureza econômica, manifestando-se, então, nos preços dos bens”¹⁴³.

Partindo-se do conceito de que ato de concorrência é aquele idôneo a atribuir, em termos de clientela, posições vantajosas no mercado, JORGE PATRÍCIO PAUL¹⁴⁴ afirma que a concorrência somente pode ser apreciada em concreto, interessando saber se a atividade de um agente econômico atinge ou não a atividade de outro, através da disputa da mesma clientela. Segundo este doutrinador, trata-se de conceito relativo, que deve ser apreciado casuisticamente, levando-se em conta a atuação efetiva dos diversos agentes econômicos, no respectivo ambiente econômico, desdobrando-se o instituto da concorrência desleal em dois tipos de ações: causar prejuízos a outrem ou alcançar, para si ou para terceiros, benefícios ilegítimos.

Quanto à proteção aos usos honestos, constitui-se em critério ético absoluto, funcionando como cláusula de salvaguarda¹⁴⁵. Tal conclusão é consequência natural da ampla inserção desta premissa nas legislações nacionais¹⁴⁶ e Tratados Internacionais¹⁴⁷.

Nossa literatura jurídica já teve oportunidade de incluir entre os atos de concorrência desleal a violação de contratos¹⁴⁸, ao passo que ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, em magistral parecer¹⁴⁹, demonstra que o princípio da relatividade do contrato deve harmonizar-se com a sua função social¹⁵⁰, positivada em nossa legislação

¹⁴² O citado autor refere que “A concorrência obriga o empresário a desenvolver, continuamente, novos produtos e a procurar melhores métodos de produção (função de inovação). Às modificações de sua situação de mercado ele reagirá flexivelmente, pela modificação de sua produção. Finalmente, a concorrência possibilita uma limitação do poder econômico. No decurso do tempo, ela faz desaparecer lucros que não se apoiam em desempenho permanentemente melhor.” MÜLLER, J. Heinz, - Dicionário de Ética Econômica. São Leopoldo: Unisinos, 1997, verbete “concorrência” - p. 68/73, tradução de Egídio F. Schmitz;

¹⁴³ Id. *Ibidem*.

¹⁴⁴ PAUL, Jorge Patrício. Os pressupostos da concorrência desleal, in *Concorrência Desleal*, Curso promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: Almedina-Coimbra, 1997, p. 42.

¹⁴⁵ PAUL, op. cit. p. 45, esclarecendo não identificar-se usos honestos com usos jurídicos.

¹⁴⁶ A LPI brasileira elenca os crimes de concorrência desleal, no artigo 195 em seus XIV.

¹⁴⁷ O art. 10-bis (2) da Convenção da União de Paris estabelece que constitui-se ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

¹⁴⁸ ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Propriedade Industrial Frente à Concorrência Desleal. In *Direito Empresarial Contemporâneo*, ADALBERTO SIMÃO FILHO e NEWTON LUCCA, coordenadores. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 128.

¹⁴⁹ RT 750, p. 113/120.

¹⁵⁰ Reconhecida sua função de instrumento de circulação de riquezas, já foi dito que “é o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regressaria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários”. PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Vol. III, 4ª ed., 1978, p. 14. nº 185.

através do inciso IV do art. 1º da Carta Maior, que prioriza o *valor social* da livre iniciativa. Demonstra o autor, amparado em ampla doutrina estrangeira, que, em razão deste princípio, e também daqueles que regem a responsabilidade aquiliana, consagrada no art. 159 do nosso Código Civil, terceiros não podem se comportar como se o contrato não existisse¹⁵¹.

Sem adentrar ao problema específico da tipicidade, de suma importância no âmbito criminal¹⁵², conforme ensina XAVIER DE ALBUQUERQUE,¹⁵³ criticando a utilização de *tipos abertos* (meio fraudulento¹⁵⁴, p. ex.) que podem comprometer a segurança jurídica do cidadão, interessa particularmente a questão da diferenciação entre fraude civil e fraude criminal, entre as quais o autor afirma não existir nenhuma diferença qualitativa, mas somente quantitativa, ou seja: a lei penal somente intervém para reprimir a fraude quando esta se manifesta com especial intensidade, com uma periculosidade social que justifique a reação punitiva. Tangenciando o aspecto da punibilidade criminal, o aspecto que interessa, no presente estudo, é que a lei reprova e caracteriza como desleal a concorrência efetuada através de meio fraudulento e, sem adentrarmos na questão penal, o desvio de clientela, mediante o emprego destes, gera evidente responsabilidade reparatória e permite o uso de tutela inibitória por parte do ofendido.

OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁵⁵, ao abordar a concorrência desleal sob a ótica do Princípio da Prestação¹⁵⁶, afirma não ser o mesmo adequado para fornecer solução a todas as questões

¹⁵¹ Este jurista aduz a distinção feita pela doutrina francesa entre a relatividade de efeitos e a oponibilidade dos efeitos, transcrevendo lição no sentido de que “a oponibilidade tem por alvo os estranhos à relação de direito que ela apresenta à sua consideração e que se denominam terceiros

, sem dúvida para melhor marcar que as coisas jurídicas, que lhe são exteriores, não constituem, de forma alguma, negócios a eles estranhos”. Refere ensinamento, também, no sentido de que, em relação aos efeitos do contrato, a oponibilidade é a regra e a inoponibilidade, a exceção, como ocorre, por exemplo, nos casos em que a lei expressamente exige o registro do contrato para “valer contra terceiros”. Op. cit. p. 113/120.

¹⁵² “O contendor, quando se lança à disputa, mesmo com empenho, está apenas exercendo uma liberdade (de competir) que lhe é concedida; não se recrimina - até se estimula, repetimos, a luta entre concorrentes, cujos resultados podem ser proveitosos à coletividade. Mas os expedientes que o rival vier a usar no embate podem alterar e transformar a licitude dessa contenda (...) O uso de meios ou métodos desleais transfigura em desonesta a competição permitida: é a concorrência desleal. Mas alguns desses expediente

s são tão perigosos ou graves, que o legislador os considera como delituosos: é a concorrência desleal criminosa. Os primeiros, mesmo não sendo delituosos, continuam desleais, permitindo-se aos prejudicados por seu emprego o ressarcimento por perdas e danos. Os outros, além de desonestos, são criminosos, incorrendo os autores nas sanções penais e em igual obrigação de indenizar”. DELMANTO, Celso, citado por R. Limongi França, in *Direito Empresarial Aplicado*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 47.

¹⁵³ ALBUQUERQUE, Francisco Manuel Xavier de. Crimes contra a Propriedade Industrial. In *Textos de Direito Público*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 628.

¹⁵⁴ O art. 195, inciso III, da LPI brasileira dispõe que “comete crime de concorrência desleal quem emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem”.

¹⁵⁵ ASCENSÃO, J. Oliveira. O princípio da prestação: Um Novo Fundamento para a Concorrência Desleal? In *Concorrência Desleal*, Curso promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: Almedina-Coimbra, 1997.

¹⁵⁶ Princípio desenvolvido pela doutrina alemã, segundo o qual a superioridade concorrencial deve estar apoiada nos diferenciais próprios ofertados pelos agentes econômicos. Fornecer e prestar algo “seu” e não “alheio”.

concorrenciais; refere a situação de *aproveitamento de prestações alheias sem se criar o risco de confusão*, o que ocorre quando um concorrente copia a atuação empresarial do outro, atuando, porém, ostensivamente em seu próprio nome. Nesta situação, reporta-se o autor ao conceito da Concorrência Parasitária, desenvolvido na doutrina italiana, configurada quando *a empresa não dá sua própria contribuição, porque se limita a copiar a prática empresarial alheia*¹⁵⁷. A concorrência ver-se-ia descaracterizada quando uma empresa, ao invés de atuar em uma linha própria, limita-se a, parasitariamente, seguir os traços da linha alheia, impondo-se ao mercado não pela própria prestação, mas pela prestação de outros¹⁵⁸.

5.1 - CONCORRÊNCIA SOB O ENFOQUE PÚBLICO: DIREITO ANTITRUST

5.1.1 - A QUESTÃO NO BRASIL - LEI 8.884/94

Em economias de livre mercado, resta ao Estado o papel de Regulador¹⁵⁹, sendo facultada aos agentes econômicos a persecução de seus objetivos privados, na forma e pelos meios que julgarem mais adequados. De qualquer forma, a livre iniciativa¹⁶⁰ não equivale à aceitação de práticas comerciais desleais ou restritivas à livre concorrência, por ferirem bem jurídico cujo titular é a coletividade.

Na lição de PETER OBERENDER¹⁶¹, em um sistema social livre, marcado por sua ordem jurídica estável, no campo político, e de uma economia de mercado, na ordem econômica, os processos de troca são estruturados pela aceitação recíproca de contratos. Faz-se oportuna a

¹⁵⁷ Op. cit. p. 23.

¹⁵⁸ A cópia de prestação alheia não limita-se à imitação do produto, estendendo-se ao aproveitamento de toda uma estrutura de assistência técnica, marketing e publicidade, organizada e custeada por outras empresas. É o que ocorre no caso das importações paralelas, onde o produto comercializado pelo importador é original - a prestação não é falsa -, porém aproveitada, para citar um exemplo, todos os investimentos publicitários bancados pelo licenciado local, sem ter, ainda, o ônus contratual de fornecer assistência técnica. Além das eventuais vantagens cambiais, que importam geralmente em vantagem competitiva, constata-se, já de início, uma diferenciação de custos, distorção que reflete-se nos aspectos concorrenciais.

¹⁵⁹ Em uma economia de livre iniciativa sem a intervenção do Governo, 'o estado apenas participa da vida econômica com ações regulatórias, para os casos em que os conflitos privados não conseguem soluções através do mercado. O papel do Governo é marginal, pouco expressivo.' RAZZIERI, Juarez Alexandre Baldin. Introdução à Economia. In: Manual de Economia. Diva Benevides Pinho e Marco Antônio.S. de Vasconcellos, organizadores. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 19/20.

¹⁶⁰ "A livre iniciativa, ademais, é tomada no quanto expressa de socialmente valioso; por isso não pode ser reduzida, meramente, à feição que assume como liberdade econômica, empresarial (...); pela mesma razão não se pode nela, livre iniciativa, visualizar-se tão somente, apenas, uma afirmação do capitalismo". GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 1997, 3ª ed., p. 235.

¹⁶¹ Em defesa da economia de mercado e da livre iniciativa, o autor refere que "Querer evitar o problema da concentração através do controle dos investimentos ou até pela proibição de investimentos significaria alterar o sistema da economia de mercado em seus fundamentos. Do ponto de vista da teoria da concorrência, monopólios são desejáveis, quando, por imitação, ocorrer a erosão da posição ou quando monopolizadores conseguirem manter sua posição de relevo no mercado, através da competência." OBERENDER, Peter, Dicionário de Ética Econômica. São Leopoldo: Insinos, 1997, verbete "concentração", p. 64/68, tradução de Dankmar Bernsmüller.

intervenção estatal, no sentido de preservação da concorrência, quando um agente econômico atinge um poder de mercado tal que represente barreira à entrada de novos agentes no mercado por ele explorado (se tal mercado for considerado relevante), ou quando a posição monopolista não derivar de desempenho empresarial, mas for obtida por acordos ou contratos, significando incremento do lucro, através de restrição à concorrência¹⁶².

Vê-se, então, que o mercado, como bem público a ser preservado, para funcionar requer concorrência. Concorrência significa pluralidade de ofertantes e possibilidade de contestação às posições de mercado conquistadas¹⁶³. Isso é um direito da sociedade, cujo instrumento de defesa é a legislação antitruste¹⁶⁴.

Evidentemente, a legislação antitruste não busca substituir o mercado - e nem poderia¹⁶⁵ -, mas tão somente assegurar o seu regular funcionamento¹⁶⁶. A Lei nº 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, em seu art. 1º¹⁶⁷, informa ser orientada, entre outros, pelos princípios da livre iniciativa, livre concorrência, defesa do consumidor e repressão ao abuso do poder econômico, além de indicar a coletividade como titular dos bens jurídicos por ela protegidos. O interesse público é no sentido de que o ordenamento jurídico seja respeitado e, na específica questão concorrencial, que a conquista de mercado ocorra apenas através de processo natural e seja fundada na maior eficiência

¹⁶² "(...) A concentração, no âmbito econômico, pode levar à aquisição de posições de poder. Poder dentro da economia significa a falta de alternativas para os sujeitos, ocasionando que as condições de troca não ocorram no anonimato do mercado, mas sim, que elas sejam ditadas por alguns sujeitos econômicos. (...) Havendo concorrência num mercado, não há sujeito econômico capaz de impor suas regras a seus parceiros por muito tempo. Caso um sujeito detenha o monopólio de um produto, auferirá grandes lucros que atrairão outras empresas para esse mercado, havendo, então, aumento da oferta, queda nos preços e lucros e erosão na posição de poder". Id.

¹⁶³ A concorrência, por impor constante necessidade de superação aos agentes econômicos, desenvolvendo novas técnicas, aprimorando atributos qualitativos dos bens ou serviços ofertados ao público e pressionando seus preços para baixo, tem um caráter de bem público a ser protegido, sendo do interesse social que tal ocorra. Ela contribui para compatibilizar o interesse privado de realização de lucro supranormal e o interesse público da pluralidade de oferta e da possibilidade de contestação de posições de mercado.

¹⁶⁴ "Não se destina essa modalidade de ação estatal à proteção de direitos individuais dos concorrentes, mas sim à preservação dos mecanismos de mercado, considerando este como elemento integrante de uma técnica de produção social. (...) Trata-se, pois, de intervenção estatal em favor do capitalismo e não em favor dos capitalistas". BRUNA, Sérgio Varella. O poder econômico e a conceituação do abuso no seu exercício. São Paulo: RT, 1997, p. 169.

¹⁶⁵ Veja-se o art. 1º, IV, e 170, caput e inciso IV, da CF/88, consagradores da livre iniciativa e da livre concorrência, bem como o art. 174 da CF/88, que estabelece que as funções de fiscalização, incentivo e planejamento exercidas pelo Estado serão determinantes para o setor público e meramente indicativos para o setor privado. Consagradas ao Estado as funções de agente normativo e fiscalizador da atividade econômica, a serem exercidas na forma da lei.

¹⁶⁶ No âmbito do direito antitruste, são analisados os atos de concorrência ou políticas empresariais que, postas em prática, possam desequilibrar injustificadamente as práticas de mercado, viciando seu funcionamento e minimizando seus benefícios aos seus usuários. Buscando, assim, a compatibilização de interesses, público - o fortalecimento do mercado - e privado - exploração das possibilidades de realização de lucros.

¹⁶⁷ Lei 8.884/94, art. 1º - "Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei".

de agente econômico em relação aos seus competidores, conforme explicita o art. 20, § 1º, da Lei 8.884/94¹⁶⁸.

Encontra-se na doutrina¹⁶⁹ o entendimento que, em relação às normas inibidoras da concorrência desleal, contidas na lei brasileira de Propriedade Industrial, sendo estas meramente repressoras, em nada poderiam conflitar com as disposições da legislação Antitruste; já com relação às normas que asseguram a propriedade de marcas, patentes, desenhos industriais, do nome comercial e o uso das indicações geográficas, vê-se um conteúdo negativo (segundo o qual é condenada a violação desses direitos por terceiros) e um conteúdo positivo, que assegura aos titulares de tais direitos que os mesmos os explorem livremente, podendo, em tese, ocorrer conflitos. A legislação Antitruste representa uma espécie de limitação de *ordem pública*¹⁷⁰ à possibilidade de livre convenção nos contratos e de liberdade econômica de ação e de associação.

5.1.2 - A QUESTÃO NOS EUA – SHERMAN ACT¹⁷¹

Os titulares de marcas registradas nos Estados Unidos concentram seus esforços no sentido de barrar ou controlar a importação paralela de produtos ostentando suas marcas. Com isso, as considerações em torno do monopólio de mercado têm um papel fundamental nos argumentos usados em ambos os lados da controvérsia gerada pelo mercado de “produtos cinza”, uma vez que, na maioria dos casos, os cenários antitruste dão-se entre companhias estrangeiras afiliadas¹⁷².

Considerar os empreendimentos internacionais como uma entidade única nas questões que envolvem o antitruste, restringe a competição intramarca, contrário do que ocorre na competição intermarca, sendo, por isso, o foco usual das reclamações

¹⁶⁸ Art. 20, § 1º, da Lei 8.884/94 - “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II - dominar mercado relevante de bens ou serviços”.

¹⁶⁹ LEONARDOS, op. cit., p. 122.

¹⁷⁰ No entender de JACOB DOLINGER, o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-jurídica de toda legislação, que representa a moral básica de uma nação e que atende às necessidades econômicas de cada Estado. DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, 5ª ed., p. 350.

¹⁷¹ 15 USC (1982).

¹⁷² O principal caso envolvendo esta situação é o Estados Unidos contra Guerlain, Inc. (155 F Supp 77, 114 USPQ 223 SDNY 1957), no qual o Governo americano ajuizou ação contra três distribuidores de perfume francês nos Estados Unidos, que depositou certificados de registro junto a Alfândega e a Fazenda Pública, para prevenir importação, sem o seu consentimento, dos produtos ostentando as marcas francesas, com base no artigo 526 do Tarrif Act; o Governo argumentou que os distribuidores haviam violado os artigos 2 e 4 do Sherman Act (15 USC §§ 2 e 4 (1982), cujo o teor do artigo 2 é o de proibir a monopolização ou a tentativa de monopolizar o comércio, e o do artigo 4 é de garantir jurisdição federal nos casos envolvendo o § 2. A Corte entendeu que os réus e seus parceiros da França constituíam-se um empreendimento internacional uno, interpretando que o artigo 526 não poderia ser aplicável a uma parte americana, pertencente a um empreendimento internacional, concluindo que os mesmos tinham a intenção de monopolizar o mercado, excluindo a competição com base no artigo 526.

sobre estas questões¹⁷³. Algumas Cortes consideraram que a empresa americana não possuía fundamento para reclamar sobre as atividades de suas afiliadas no exterior, porque tais procedimentos da organização internacional, da qual ela faz parte, são a fonte dos prejuízos da companhia americana. De acordo com este entendimento, o que ocorre é que um ciclo completo trouxe alguns dos produtos dos demandantes de volta aos Estados Unidos. Além disso, um detentor americano da marca pode estar impossibilitado de impedir as importações de produtos de seus parceiros estrangeiros que venham a competir com os seus, devido as políticas antitruste¹⁷⁴.

Contudo, parece implicitamente injusto considerar as companhias americanas e suas afiliadas estrangeiras como entidades unas indivisíveis para fins de lei marcária, pois tal entendimento não ignora somente o fato de que cada companhia está separadamente sujeita a jurisdição de diferentes leis estrangeiras, mas também encobre os investimentos feitos por empresas locais individuais, no intuito de ampliar suas fatias de mercado. Em outras palavras, esta noção adere mais proximamente à teoria da universalidade dos princípios de marca, a qual é imprópria para ser aplicada às complexas e sofisticadas estruturas das empresas internacionais atuais¹⁷⁵. O princípio da territorialidade melhor se enquadra aos empreendimentos internacionais, pois ele considera as fatias de mercado individuais, baseando-se nos esforços individuais para desenvolver mercados dentro de seus territórios locais. Logo, as ações antitruste poderiam permanecer plausíveis, mas não vigentes somente com base na estrutura intracorporações¹⁷⁶.

Outra questão envolvendo os argumentos antitruste nas importações paralelas está focalizada na autorização ou não dos distribuidores autorizados nos Estados Unidos de impor restrições verticais¹⁷⁷. As restrições verticais¹⁷⁸ induzem os distribuidores a investir capital, pois seu direito de exclusividade assegura que eles não estarão sujeitos à livre

¹⁷³ A competição intramarcas é a competição entre varejistas ou atacadistas da mesma marca, diferentemente da competição intermarca, que é a competição entre diferentes marcas. A competição intramarcas pode ocorrer em dois casos: no primeiro, o fabricante estrangeiro importa seus produtos para os Estados Unidos para competir com os produtos locais, oferecidos por um licenciado autorizado, cujos os produtos ostentam a mesma marca e o mesmo canal de distribuição; no segundo, uma terceira parte compra os produtos no exterior, através de um fabricante estrangeiro e importa-os para os Estados Unidos, a fim de competir com os produtos ostentando a mesma marca oferecida pelo licenciado local. SOUZA FILHO, op. cit. p. 6.

¹⁷⁴ HAHM, op. cit. p. 86.

¹⁷⁵ Devido ao fato das corporações multinacionais serem tratadas como entidades únicas na esfera do "mercado cinza", elas podem enfrentar reivindicações antitruste feitas por outras companhias locais não vinculadas a estas, que poderiam argumentar que a corporação multinacional está monopolizando o mercado e impedindo sua entrada na competição por uma fatia de mercado. Por fim, tanto a companhia americana quanto o importador paralelo poderiam perder com a competição intramarca se estar for interpretada como uma intenção de monopolizar o mercado, contrariamente aos princípios antitruste

¹⁷⁶ Id. p. 87.

¹⁷⁷ Restrições verticais vêm sendo definidas como as restrições dos esquemas de distribuição que normalmente envolvem negócio envolvendo exclusividade entre fabricantes ou distribuidores, sendo a principal causa de manutenção do preço de revenda.

¹⁷⁸ As principais restrições verticais observadas no mercado são a venda casada, fornecimento exclusivo, distribuição exclusiva, restrições territoriais, manutenção do preço de revenda.

concorrência com outros distribuidores com custos e preços inferiores; além disso, as restrições encorajam a competição intermarca, pois mais companhias são estimuladas para entrar no mercado, à medida em que estão aptas para difundir seus custos aos distribuidores em troca de contratos exclusivos¹⁷⁹.

A afluência de “produtos cinzas” prejudica as estruturas de distribuição e desmonta os incentivos para entrar no mercado. Este resultado parece ser diretamente contrário aos princípios antitruste, que visam proibir a restrição ao comércio e impedimentos à competição¹⁸⁰. A lei, deste modo, tem dirigido-se no sentido de tratar os acordos e restrições verticais, sob a regra da razão¹⁸¹, de uma maneira relativamente indulgente: as empresas são livres para escolher seus clientes, seus fornecedores e os termos nos quais irão negociar, sem a interferência da lei antitruste, a menos que haja um claro prejuízo a concorrência. Por outro lado, o pré requisito mais importante para a descoberta judicial de um prejuízo para a concorrência, oriundo de um acordo vertical, vem sendo verificar se umas das empresas envolvidas no acordo possuem um grau significativo de poder de mercado¹⁸².

5.1.3 - A QUESTÃO NO MERCOSUL

No contexto de um processo de integração, as implicações do Direito Antitruste no Direito da Propriedade Industrial ocorre principalmente nos contratos de transferência de tecnologia e nos contratos de licenciamento de patentes e marcas. Esta prática igualmente reflete a interação entre o Direito de Concorrência e o princípio da livre circulação de bens e mercadorias. É fundamental para a constituição de um Mercado Comum, bem como para sua operacionalização, que as barreiras ao comércio de bens seja eliminada e que seja harmonizada a regulamentação do Direito da Concorrência¹⁸³.

¹⁷⁹ As restrições verticais são estruturadas de modo a criar sistemas de distribuição mais eficientes e aumentar a competição intramarca. Nos últimos vinte a trinta anos, um grupo crescente de análises, feitas sob as óticas legal e econômica, vêm sugerindo que este tipo de restrições podem desempenhar funções úteis e pró competitivas na economia. PITTMAN, Russel. Competition Policy in the United States. Revista de Direito Econômico. Brasília: CADE. Jan/jul 1997, p. 5.

¹⁸⁰ HAHM, op. cit. p. 89.

¹⁸¹ Indicando a opção pela valoração das condutas in concreto, a Lei Antitruste nacional consagra como norte interpretativo a chamada regra da razão. “As condutas enumeradas no art. 21 (Lei 8.884/94) com efeito, são exemplificativas, devendo ser interpretadas, sempre, em consonância com as normas do artigo 20, ou seja, para constituírem infração deve se verificar se são concretamente aptas a produzir os efeitos de: lesão da livre concorrência e da livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante, mesmo que não ocorram os efeitos almejados”. (...) “A regra da razão requer um levantamento da conjuntura econômica em que se celebrou o ajuste ou acordo em restrição da concorrência, para averiguar se este foi razoável em termos de tal conjuntura. E também uma investigação da conjuntura econômica que resultou da celebração do acordo em restrição da concorrência”. Em razão disto, inexistente conduta ilegal per se, sendo fundamental a análise dos impactos sobre o mercado relevante. (Processo Administrativo 148/94, Representada: Industrias Alimentícias Gerais S/A – IAG (Kibon), Relator: Leônidas Xausa).

¹⁸² “A posição dominante é decorrência e, ao mesmo tempo se identifica com o poder detido pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação a outros agentes, impermeável às leis de mercado.” FORGIONI, op. cit. p. 272.

¹⁸³ SILVA, op. cit.

O Conselho do Mercado Comum aprovou¹⁸⁴ o Protocolo de Defesa da Concorrência do Mercosul, para ser um instrumento que preserve e promova a livre concorrência, assegure o livre mercado e a distribuição equilibrada dos benefícios do processo de integração, indo ao encontro dos objetivos integracionistas do Tratado de Assunção¹⁸⁵. O Direito Antitruste, ao contemplar o princípio da territorialidade objetiva, levando em consideração os efeitos da prática ilícita, incumbiu a cada país-membro a investigação e eventual sanção aos atos restritivos à concorrência, realizados no respectivo território e cujos efeitos a ele se circunscrevem¹⁸⁶.

Tais atos restritivos devem ter o objetivo de restringir, falsear ou distorcer a concorrência ou o acesso ao mercado, bem como o abuso de posição dominante¹⁸⁷ no mercado relevante¹⁸⁸ de bens e serviços no território do Mercosul. A implementação do Protocolo dá-se através dos respectivos órgãos antitruste nacionais dos Estados-Membros, que deverão iniciar o procedimento nele previsto, cabendo à Comissão de Comércio e ao Comitê de Defesa da Concorrência, órgão criado pelo Protocolo, aplicá-lo¹⁸⁹. Não havendo consenso, o Grupo Mercado Comum se pronunciará sobre a matéria e, em

¹⁸⁴ Em 17 de dezembro de 1996, em Fortaleza, na cúpula dos Presidentes dos Estados Membros do Mercosul. MERCOSUL/CMC/DEC No. 18/96.

¹⁸⁵ "A expressão 'atos que comprometam o fluxo de comércio entre os Estados-Partes' deve ser entendida como criação de obstáculos à consolidação do mercado comum". MARTINS, Alexandre Marques da Silva. O Direito da Concorrência no Mercosul após o Protocolo de Fortaleza. In: Mercosul, Integração Regional e Globalização. Paulo Borba Casella, coordenador, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 574.

¹⁸⁶ Id. *Ibid.*, p. 575.

¹⁸⁷ É uma figura que retrata o fato de uma empresa, que tem poder de se comportar no mercado de forma tendencialmente independente do comportamento dos outros agentes econômicos, prevalecendo-se da sua posição para, por meios diferentes dos da normal competição entre empresas, obstar à existência, nesse mercado, de uma concorrência efetiva. LAUREANO, op. cit. p. 244. Igualmente neste sentido, FORGIONI, Paula A. Posição Dominante. Revista de Direito Econômico. Brasília: CADE, set/dez. 1997, acrescentando que "a repressão ao abuso do poder econômico é fenômeno que permeia todo o antitruste, na medida em que é também o fundamento da regulamentação dos acordos e das concentrações entre agentes econômicos. Estes são reprimidos em virtude de uma capacidade de reprodução de condições monopolísticas".

¹⁸⁸ "O conceito de mercado relevante é um híbrido jurídico-econômico, criado pela prática americana, cujo o significado é o de delimitar as fronteiras do espaço econômico da análise antitruste. Parte da noção usual de mercado – espaço composto pelo produto e seus substitutos próximos – e acentua a relação intrínseca existente entre o poder de mercado e o universo de escolhas do consumidor. Quanto mais alternativas dispõe um consumidor em determinado mercado, menor a possibilidade do poder de mercado ser exercido na forma de aumento de preços. Ademais, o poder de mercado de uma firma é inversamente proporcional ao número de substitutos com que seu produto se defronta no mercado. De onde a importância para a análise do poder de mercado da existência de substitutos para um produto relevante". SALGADO, Lúcia Helena. O Conceito de Mercado Relevante. Revista de Direito Econômico. Brasília: CADE, set/dez. 1997.

¹⁸⁹ "Com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto em 1994, o Mercosul ganhou nítidos contornos de um modelo de integração cooperativo e consensual, abandonando o caminho da supranacionalidade das instituições da Comunidade. Esse modelo de integração cooperativo e consensual está claramente refletido no Protocolo de Defesa da Concorrência (...)". CELLI, Umberto Junior. Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 240. Neste mesmo sentido: "Cabe, pois, uma questão de caráter técnico e de cunho ideológico: deve o processo de integração do Mercosul unificar a política da concorrência dos seus Estados Partes e criar uma agência antitruste regional com características supranacionais? A observação técnica do questionamento posto acima pressupõe indispensável que o processo de integração do Mercosul seja provido com regras comuns para a proteção da competitividade no mercado integrado, incluindo a necessidade de órgãos supranacionais. (...), nos parece que a integração do Mercosul tem optado por muita cautela na formulação de políticas e na criação da estrutura organizacional responsável pelo processo como um todo. Até agora, (...) as discussões concentram-se na viabilização prática da União Aduaneira, por via intergovernamental, com o mínimo de burocracia". COSTA E SILVA, op. cit.

última instância, caso não haja consenso nem mesmo no Grupo, poderão ser invocados os dispositivos do Protocolo de Brasília para a Solução de Controvérsias¹⁹⁰.

5.1.4 - A QUESTÃO NA UNIÃO EUROPÉIA

O Tratado Constitutivo da União Européia, em seus artigos 85^o ao 94^o¹⁹¹, traça as linhas gerais de relacionamento entre o Direito Comunitário da Concorrência e os Direitos Nacionais da Concorrência, que sustentam-se em três pilares: a autonomia, o primado e o efeito direto. O Direito Comunitário, atenta a sua autonomia, encara o fenômeno da concorrência em moldes distintos do Direito Nacional; as suas valorações são outras, porque os escopos que o norteiam são também diferentes, localizando-se exclusivamente no plano das relações econômicas entre os Estados Membros¹⁹².

O Direito Comunitário da Concorrência e o Direito Nacional da Concorrência têm fontes e objetivos diferentes; logo, ambos os ordenamentos podem ser aplicados à mesma situação. As possíveis combinações daí resultantes são alinhadas de acordo com os seguintes princípios, chave para a solução dos respectivos conflitos: se nenhum dos Direitos proibirem determinada conduta, haverá obviamente licitude da mesma; se ambos a proibirem, valerá a regra *non bis in idem*; se o Direito Nacional não a proibir, mas o Direito Comunitário a proibir, aplica-se este (primado e efeito direto); se o Direito Nacional a proibir, mas o Direito Comunitário não, aplica-se apenas o Direito Nacional.

No que tange à relação entre abuso de posição dominante e propriedade industrial e comercial, em geral, observa-se que, enquanto instituto jurídico, os direitos de propriedade industrial nada têm a ver com a figura prevista no artigo 86^o¹⁹³ do Tratado. O seu exercício pode contudo cair na alçada deste preceito, se for o objeto ou o meio de uma prática abusiva¹⁹⁴. A figura do abuso de posição dominante coexiste com a outorga de direitos exclusivos às empresas, à medida em que a criação de uma posição dominante, devido à atribuição de um

¹⁹⁰ Sobre Protocolo de Brasília para Solução de Controvérsias, ver GREBLER, Eduardo. A Solução de Controvérsias no Tratado do Mercosul. In: Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul. Paulo Borba Casella, Coordenador, São Paulo: LTR, 1996, p. 348 e sgtes. CARO, Ernesto J. Rey. Mercosur: Hacia Un Órgano Jurisdiccional Permanente. In: O Direito Internacional no Terceiro Milênio. Luiz Olavo BAPTISTA e José Roberto Franco da FONSECA. São Paulo: LTR, p.776. MERCADANTE, Aramita de Azevedo e MAGALHÃES, José Carlos. Solução e Prevenção de Litígios Internacionais, São Paulo: NECIN – Projeto CAPES, 1998, vol I., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, vol. II. BAPTISTA, Luis Olavo. A Solução de Divergências no Mercosul. In: Mercosul, Seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-Membros. Maristela Basso, Organizadora. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, 2^a ed., p. 157 sgtes.

¹⁹¹ Constitutivos do Capítulo I, “As Regras de Concorrência”, do Título V da Parte III do Tratado.¹⁹² LAUREANO, op. cit. p. 230-231.

¹⁹³ O art. 86^o do Tratado dispõe sobre o abuso de poder econômico, exemplificando, nomeadamente, as práticas abusivas, quais sejam, “preços de compra ou de venda ou outras condições de vendas não equitativas”, “limitação da produção, distribuição ou do desenvolvimento técnico”, “aplicação de condições desiguais” e “cláusulas de subordinação”.

¹⁹⁴ O art. 36^o do Tratado, ao prever a possibilidade de a propriedade industrial e comercial poder funcionar como exceção à liberalização da circulação de mercadorias, o legislador comunitário tem em mente a salvaguarda estrita dos direitos que constituem o objeto específico desta propriedade. *Ibid.*, p. 122.

direito exclusivo, não configura-se, em si, uma violação do presente preceito, mas a configurará, se o simples exercício desse direito de uso exclusivo implicar em prática abusiva, se forem verificados os elementos da previsão legal, nomeadamente no que tange à suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros.

CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico garante aos titulares das marcas o direito exclusivo sobre estes sinais, cuja a utilização lhes permitirá reforçar a sua posição no mercado¹⁹⁵, diferenciando os seus produtos ou serviços¹⁹⁶ dos de seus concorrentes¹⁹⁷, fazendo com que a marca cumpra com sua função de indicação de procedência¹⁹⁸. Pelo princípio da territorialidade, fatos ocorridos fora do território em um Estado estrangeiro não terão por efeito exaurir, internamente, o direito exclusivo do titular, significando dizer que o efeito da proteção concedida pela lei interna limita-se ao território em relação ao qual esta lei é aplicável. A territorialidade absoluta dos direitos de propriedade industrial encontra esteio no princípio da independência, consagrado pelo art. 4 bis da CUP, que, em suma, estabelece que o exercício de um direito no território de um Estado não repercute no direito existente em outro Estado¹⁹⁹, fornecendo base jurídica à coibição das importações paralelas.

¹⁹⁵ Individualizando bens e serviços e diferenciando-os de outros da mesma espécie, indicando a procedência ou proveniência dos mesmos, garantindo ou indicando sua qualidade, fixando a clientela.

¹⁹⁶ Todo o processo de marketing passa pela etapa da criação de identidade da empresa, produto ou serviço, criando uma percepção, na mente do consumidor, de que existe uma diferença entre a oferta da empresa e as da concorrência. "A diferenciação do produto é considerada uma das estratégias mais fundamentais de marketing porque, se o produto de uma empresa não for percebido como diferente e atraente para os consumidores, estas não terão motivo para optar pela marca da empresa em detrimento das outras marcas da concorrência.". SEMENIK, Richard J. e BAMOSSY, Gary J. Princípios de Marketing, uma Perspectiva Global. São Paulo: Makron Books, 1995. p. 308.

¹⁹⁷ A par deste interesse particular há que proteger o interesse geral dos consumidores, assegurando-lhes informação necessária ao exercício de uma escolha entre produtos do mesmo gênero que, na ausência das marcas, seriam freqüentemente indiferenciáveis no momento da aquisição.

¹⁹⁸ Alguns autores sustentam que a única função protegida pelo direito de marca é a da garantia de proveniência, derivada da função distintiva da marca. Esta corrente, que não recusa a importância econômica das demais funções, entende todavia que as mesmas não passam de efeitos derivados da função de indicação de proveniência, não beneficiando-se, pois, de proteção específica no âmbito do direito das marcas. Neste sentido BEIER, La Territorialité du droit des marques et les échanges internationaux. p. 21 ss., MATHÉLY, Paul. Le Droit Français des Signes Distinctifs, cit., p. 11 ss. A função publicitária tem sido negada relevância jurídica no domínio das marcas. Saliencia DEMARET, que a utilização de uma marca constitui em si mesma uma publicidade, porquanto ela chama a atenção do público para um produto. A marca recordará o produto aos consumidores e constituirá uma recomendação para aqueles que tenham ficado satisfeitos. No entanto, este efeito de publicidade é uma consequência da função da indicação de proveniência. DEMARET Paul. Circulation des produits et loi uniforme BENELUX sur les marques. R.T.D.E., 1972.

¹⁹⁹ Os Estados reconhecem os direitos de propriedade industrial de acordo com sua legislação nacional, cuja a proteção jurídica fica adstrita aos seus territórios, onde são soberanos. O titular dos direitos, ao ter assegurado seu direito exclusivo, que lhe confere poderes indispensáveis à sua fruição, capacita-se a celebrar negócios explorando sua marca, cumprindo, desta forma, suas funções jurídica e econômica. A questão que toma-se controvertida, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é a definição concreta deste direito, sua respectiva extensão, se subsiste, ou não, mesmo após a colocação dos bens ostentando sua marca no mercado, e em que medida poderá ser exercido.

A teoria da exaustão²⁰⁰ dos direitos de propriedade industrial constitui-se a tentativa de estabelecer os limites nos quais o titular do direito poderá opor-se à livre circulação de bens que ostentam sua marca. A função principal atribuída à marca é a de garantir a identidade de origem, cuja preservação evita que seja fraudada sua imagem e reputação, bem como a confiança do consumidor. Nesta perspectiva, o que exaure é o poder do titular de restringir a liberdade de circulação do produto que ostenta sua marca, desde que a função do direito exclusivo sobre a marca tenha sido cumprida.

O registro de uma marca em um dado Estado figura-se mais a um reconhecimento do que a uma concessão deste, posto que, em alguns países, sua utilização e adoção não dependem desta formalidade. Mesmo em países onde é exigido um ato de registro perante o órgão estatal competente, para que seja concedido um direito exclusivo, há o reconhecimento de um direito temporário de prioridade, dando efeitos ao uso de marcas não registradas, além do benefício da tutela genérica de lealdade de comércio, decorrente do repúdio à concorrência desleal, motivo pelo qual acreditamos que a marca não tem um caráter essencialmente territorial, apesar de sua proteção estar fundamentalmente estruturada em termos nacionais²⁰¹.

Partindo-se da premissa que a função designativa de proveniência tenha sido fielmente cumprida, pensamos que conceder ao titular o poder de impedir as importações paralelas de produtos ostentando sua marca extrapolaria as limitações territoriais oriundas do caráter nacional da sua proteção. Desta forma, com base no direito de marcas, parece-nos impróprio que o titular invoque o seu direito exclusivo para impedir a importação de produtos que ele mesmo pôs no mercado estrangeiro, posto que ele invoca um direito que ele esgotou quando introduziu estes produtos no mercado. Caso a importação paralela se confronte com restrições contratualmente assumidas, como, por exemplo, a concessão de uma exclusividade em dado território, cabe, isto sim, postulações com base nos princípios contratuais, ou ainda, na esfera da concorrência desleal, especialmente quando violam sistemas exclusivos ou seletivos de distribuição.

A LPI brasileira adotou a exaustão nacional de direito de marca; logo, ocorrendo a primeira venda no Brasil, com seu consentimento, o direito do titular exauriu-se, limitando suas postulações com base no direito de marca²⁰². Devido a recente vigência desta Lei e escassas decisões, o assunto é bastante controvertido, não podendo-se vislumbrar, até o momento, qual será a tendência dos Tribunais nacionais no que tange este tema. De acordo com os casos

²⁰⁰ A questão da exaustão dos Direitos de Propriedade Industrial parece não ser resolvida satisfatoriamente frente ao uso do recurso do princípio da territorialidade, na medida em que a solução a ser dada em cada caso concreto decorrerá das opções legislativas adotadas em cada Estado, de acordo com a sua legislação de propriedade industrial.

²⁰¹ ROUBIER, op. cit., salientava que a diferença de nacionalidade não impede a unidade fundamental da marca, porque o direito está ligado à marca e não ao registro, arguindo que se for efetuado o registro da mesma marca em mais de um país, tratar-se-á, efetivamente, de uma mesma marca.

²⁰² As hipóteses em que se admite a atuação do titular da marca no sentido de impedir o comércio dos produtos que a ostentem, limitar-se-iam somente às circunstâncias de posterior manipulação ou adulteração (como já referidas na Jurisprudência envolvendo casos de produtos farmacêuticos), uma vez que tal atitude, nestes casos, ampara-se na preservação das funções do direito de marcas.

analisados, houve a consideração de outros aspectos pertinentes às importações paralelas, sendo também suscitadas questões contratuais e concorrenciais. Vê-se, porém, um fator de extrema relevância, que vem sendo apontado nos julgados, qual seja, o consentimento do titular da marca, determinante para a caracterização, ou não, de prática irregular.

Deste modo, devem ser feitas algumas considerações. Nas hipóteses em que o titular da marca esteja vinculado, em dado território, através de contratos sem cláusula de exclusividade, não há nenhuma dificuldade em identificar-se a importação paralela como operação legítima de um determinado agente econômico, uma vez que está comercializando produtos originais e estabelecendo uma competição baseada na liberdade econômica com outro concorrente, sem ferir contratos, cometer práticas comerciais irregulares, nem causar qualquer tipo de prejuízo ao consumidor. A não exclusividade pressupõe concorrência e, portanto, esta é, em princípio, lícita, regular e benéfica para o mercado.

Estando o titular do direito de marca vinculado em um contrato com cláusula de exclusividade e ocorrendo a importação paralela, há que se considerar dois aspectos: primeiro, estar o contrato averbado perante o INPI, condição exigida na legislação nacional para gerar efeitos perante terceiros; segundo, que a cláusula de exclusividade não esteja em desacordo com a legislação antitruste²⁰³, condição de validade e eficácia.

O titular da marca, tendo exportado para terceiros, cujo o território já encontra-se explorado por outro contratante, que possui cláusula de exclusividade, pratica ilícito contratual; o importador paralelo, agindo de forma a prejudicar interesses e atividades legítimas do licenciado, que não poderia desconhecer em virtude do registro do contrato, incide em responsabilidade aquiliana. O titular da marca, exportador, e o importador paralelo, responderiam solidariamente perante o licenciado local pelas perdas e danos que causarem. Há, neste caso, uma incompatibilidade entre a primeira pactuação e a posterior, posto que um direito exclusivo é necessariamente oponível a terceiros²⁰⁴ e sua concessão implica renúncia ao direito de consentir com conduta que a infrinja., baseada nos princípios contratuais articulados em Capítulo próprio.

²⁰³ Tratando-se de exclusividade para a comercialização de bem que seja substituível, ou seja, não estando-se a falar de caso de monopólio, cuja a exclusividade geraria a ausência de concorrência, sonhando ao consumidor seu direito de escolha, tal exclusividade é lícita, existente, válida e eficaz, uma vez que não é dada à autoridade administrativa a imposição de competição intra-marcas, mas tão somente assegurar a possibilidade de competição inter-marcas, sob pena de invadir-se indevida e abusivamente o campo das decisões gerenciais privadas, substituindo os agentes econômicos em suas políticas empresariais. Não havendo a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, a pactuação da exclusividade deve ser respeitada.

²⁰⁴ Em contrapartida à concessão de exclusividade, há o ônus por parte do licenciado quanto aos investimentos que devem ser feitos para atuar em determinado território, como instalações condizentes com o ramo de atividade, contratação de mão-de-obra especializada, publicidade, assistência técnica, enfim criar condições de exploração e expansão do mercado que, além de gerar empregos, traz benefícios ao país através do recolhimento dos respectivos impostos incidentes nestas operações. Todas estas despesas são avaliadas na composição do preço final do produto, acrescentado-se um spread que garanta o equilíbrio econômico-financeiro da atividade. Estes investimentos geram um "fundo de comércio" para a marca, contribuindo para sua consagração perante os consumidores, que lhe retribuem com fidelidade ou preferência em relação aos congêneres da concorrência.

Caso a importação tenha sido triangulada,²⁰⁵ com o objetivo de dissimular o destino do produto, ignorando o titular da marca a intenção do importador, a responsabilidade recairá somente sobre o importador. Nesta hipótese, os critérios para a apuração da responsabilidade reparatória serão fornecidos pela disciplina da Concorrência Desleal²⁰⁶, enquanto na primeira, havendo o conhecimento do titular, estes mesmos princípios serão conjugados com aqueles que regem os Contratos.

Seguindo a tendência atual de formação de blocos econômicos²⁰⁷, a União Européia encontrou uma solução convergente aos princípios de integração, adotando a exaustão regional, adstrita ao âmbito do mercado comum, permitindo, deste modo, a livre circulação de bens em seu interior, relegando para outro plano a proteção jurídica da marca, frente ao primado do Direito Comunitário. A exaustão comunitária situa-se em um plano diverso daquele em que se desenvolve a dialética entre a exaustão nacional e a exaustão internacional; em particular, fica a margem tanto da proteção do princípio de territorialidade sobre o âmbito material do direito de marca, como da coerência sistemática interna entre efeitos e funções da marca.

A árdua tarefa para os Estados vem sendo compatibilizar a liberdade do comércio internacional, preconizada pelo GATT²⁰⁸, com o caráter restritivo da propriedade industrial. A criteriosa ponderação dos princípios e valores positivados nos diferentes diplomas legais existentes em cada Estado, que protegem a Propriedade Industrial, a Concorrência e o Consumidor, conduzirão à adequada solução da polêmica²⁰⁹ questão das importações paralelas, que devem ser sempre avaliadas de acordo com o peculiar contexto de cada caso concreto.

²⁰⁵ Hipótese em que o importador, com a finalidade de dissimular sua intenção de comercializar os produtos adquiridos em território já explorado por licenciado exclusivo, destina as mercadorias, primeiramente, a um território neutro e, em seguida, redireciona seu destino para o mercado explorado pelo licenciado, estabelecendo a concorrência que a cláusula de exclusividade vedava.

²⁰⁶ O importador paralelo, usualmente, aproveita-se dos investimentos alheios: não tem compromisso com investimentos em marketing e publicidade (aproveita, parasitariamente, aqueles efetuados pelo licenciado), não tem compromissos contratuais de adquirir ou revender quantidades mínimas, nem de prestar assistência técnica ou de efetuar remessas periódicas de royalties em valores pré-determinados. Além disto, gera menos empregos e, usualmente, vale-se de flutuações cambiais para adquirir mercadorias a preços baixos em determinado mercado e revendê-las com lucro em outro mercado, prática com nítidas características especulativas.

²⁰⁷ Devido ao fato do Protocolo de Harmonização de Normas sobre Propriedade Intelectual no Mercosul em Matéria de Marcas, Indicações de Procedência e Denominações de Origem trazer normas gerais e, ainda não estar vigente no Brasil, Argentina e Uruguai não tratamos a questão da exaustão regional no Mercosul, mas, expressa-se que no art. 13 deste Protocolo há a previsão de que o registro da marca não poderá impedir a livre circulação dos produtos, introduzidos legitimamente no comércio pelo titular ou com seu consentimento.

²⁰⁸ Conforme visto no Capítulo que aborda a importação paralela nos Estados Unidos, constata-se que este país utiliza-se de diversos dispositivos legais visando impedir tal prática, exercendo um protecionismo exacerbado de seu mercado nacional, na tentativa de barrar os produtos cinza, oriundos de países que possuem custos inferiores aos norte-americanos, que concorrem diretamente com os produtos dos titulares locais, não havendo reciprocidade de tratamento, nem igualdade de condições aos investidores estrangeiros que queiram explorar tal mercado.

²⁰⁹ As importações paralelas, à primeira vista, aparentam ser benéficas, pois permitem aos consumidores a compra de produtos legítimos, porém com preços mais baixos. Entretanto, vista sob enfoque mais amplo, muitas desvantagens afloram, tais como o fato do produto, apesar de legítimo, não conter necessariamente os mesmos níveis de qualidade, os prejuízos aos investidores nacionais, que arcam com os encargos contratuais, sociais e fiscais, e, após a conquista de uma fatia de mercado, sofrem com a concorrência dos importadores paralelos, que usufruem do prestígio conquistado pelos primeiros, sem arcar com seus ônus.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERT, Florian & Heath, Christopher. Dyed but not Exhausted: Parallel Imports and Trade Marks in Germany. IIC, Weinheim, v. 28, 1997.
- ALBUQUERQUE, Francisco Manuel Xavier de. Crimes Contra a Propriedade Industrial. In Textos de Direito Público. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Propriedade Industrial Frente à Concorrência Desleal. In Direito Empresarial Contemporâneo, Adalberto Simão Filho e Newton Lucca, coordenadores. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- AMARAL, Luiz Henrique do. A Questão da Importações Paralelas: Reflexos nos Direitos Autorais. Anais do XVIII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual. São Paulo: Revista da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual, 1998.
- ARAÚJO, Nádía de. Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 1997;
- _____. O Direito Subjetivo e a Teoria da Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado. In Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul. Paulo Borba Casella, coordenador, Nádía de Araújo, Umberto Celli Jr. e Ricardo da Cunha, colaboradores. São Paulo: LTr, 1996.
- _____. O Direito do Comércio Internacional. In: Contratos Internacionais. João Grandino Rodas, coordenador, 2ª ed., revista e ampliada, São Paulo: Revista do Tribunais, 1995.
- _____. Solução de Controvérsias no Mercosul. In: Mercosul, Integração Regional e Globalização. Paulo Borba Casella, Coordenador, Nádía de Araújo, Guilherme F. Nascimento, Paulo Henrique Vargas, Colaboradores. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ARIBONI, Pietro, Concorrência Desleal. Anais do XVI Seminário Nacional da Propriedade Intelectual. São Paulo: Revista da Associação brasileira da Propriedade Intelectual, 1996.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O princípio da prestação: Um Novo Fundamento para a Concorrência Desleal? In Concorrência Desleal. Lisboa: Almedina-Coimbra, 1997.
- _____. Direito Comercial II – Direito Industrial. Lisboa, 1988, vol II.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Princípios do Novo Direito Contratual e Desregulamentação do Mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 750, abril de 1998.

BAMOSSY, Gary J. Princípios de Marketing, uma Perspectiva Global. São Paulo: Makron Books, 1995. p. 308, Tradução de Lenke Peres.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A Solução de Divergências no Mercosul. In: Mercosul, Seus Efeitos Jurídicos, Econômicos e Políticos nos Estados-Membros. Maristela Basso, Organizadora. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, 2ª ed.

_____. A Nova Lei e o TRIPS. Anais do XVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, São Paulo: Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, 1996.

BARBOSA, Denis Borges. Licitações, Subsídios e Patentes, Direito do Desenvolvimento Industrial, Rio de Janeiro: Lumên Juris, vol. II 1997.

BEIER, Friedrich-Karl. La Territorialité du Droit des Marques et les Échanges Internationaux. CLUNET, 1971.

BERTONE, Luis Eduardo e CUEVAS, Guillermo Cabanellas de Las. Derecho de Marcas. Marcas, Designaciones y Nombres Comerciales. Buenos Aires: Editorial Heliasta. Tomo II, 1989.

BLECHER, Nelson. O Império das Marcas – Como alavancar o maior patrimônio da economia global. São Paulo: Negócio Editora, 1997.

BROWN, Jeremy R.C. Parallel Imports, Exhaustion of Rights in EU. Les Nouvelles, Ohio, v. 32, n. 2, 1997.

_____. International Exhaustion in Europe. Les Nouvelles, Ohio, v. 32, n. 3, 1997.

BRUNA, Sérgio Varella. O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso no seu Exercício. São Paulo: RT, 1997.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Teoria do Direito e Globalização Econômica. In: Direito Global. Carlos Ari Sundfeld e Oscar Vilhena Vieira, coordenadores. São Paulo: Max Limonad, 1999.

CARO, Ernesto J. Rey. Mercosur: Hacia Un Órgano Jurisdiccional Permanente. In: O Direito Internacional no Terceiro Milênio. Luiz Olavo Baptista e José Roberto Franco da Fonseca, coordenadores. São Paulo: LTR.

CELLI, Umberto Junior. Regras de Concorrência no Direito Internacional Moderno. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

CHAHIL, Ravinder. Economics, Parallel Importing, and Cheaper Prices? World Intellectual Property Report, Washington, D.C., v. 13, n. 5, 1999.

CHAPMAN, Nancy Dwyer. BMS et al v. Paranova, Parallel Importation in Light of the European Court of Justice Decision. Trademark World, November/December 1996.

CORDEIRO, Antônio Menezes. Teoria Geral do Direito Civil, vol I., 2ª ed., Lisboa, 1990.

CORNISH, W.R., Intellectual Property-Patents, Copyright, Trademarks and Allied Rights. Londres: 1981.

DAVIS, Theodore H. Jr. Territoriality and Exhaustion of Trademark Rights Under the Laws of the North Atlantic Nations. The Trademark Report. Official Journal of International Trademark Association. Vol. 89, N. 4.

DEMARET Paul. Circulation des Produits et loi Uniforme BENELUX sur les Marques. R.T.D.E., 1972.

DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. São Paulo: Saraiva, 1993, vol 3.

_____. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada. 2ª ed. atual. e aum., São Paulo: Saraiva, 1996.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. Parte Geral. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, 5ª ed.

DUTOIT Bernard. Parallel Imports v. Trademark and Unfair Competition Law. International Review of Competition Law, 1999.

FEKETE, Elisabeth Kaznar. Importações Paralelas: A Implementação do Princípio da Exaustão de Direitos no Mercosul, diante do Contexto de Globalização. Revista de Direito Mercantil. São Paulo: Malheiros Editores, vol. 113.

_____. Importações Paralelas: A Implementação do Princípio da Exaustão de Direitos no Mercosul, Diante do Contexto de Globalização. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, Anais do XVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, 1997.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e Garantias Individuais*. São Paulo: Edipro, 1997, 1ª Edição.

FERNANDEZ NOVOA, Carlos. *Fundamentos de Derecho de Marcas*, Madrid, 1984.

FORGIONI, Paula A. Posição Dominante. *Revista de Direito Econômico*. Brasília: CADE, set/dez 1997.

_____. A. Os Fundamentos do Antitruste, São Paulo: RT, 1998.

FRANÇA, R. Limongi. *Direito Empresarial Aplicado*. São Paulo: Lejus, 1998.

FROSC, Günther & Hack, Christoph. *European and International Exhaustion of Trademark Rights*. *Trademark World*, London, n.99, 1997.

FROTA, Maria Stela Pompeu Brasil. *Proteção de Patentes de Produtos Farmacêuticos: O Caso Brasileiro*. Brasília: FUNAG/IPRI, 1993.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Contratos Internacionais Comerciais*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.55.

GILSON, Jerome. *Trademark Protection and Practice*. New York, vol I, 1988.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*, Rio de Janeiro: Forense, 8ª ed., 1983.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed, 1997

GRAU-KUNTZ, Karin & SILVEIRA, Newton. A Exaustão do Direito de Marcas na União Européia e o Mercosul. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 106, 1997..

GREBLER, Eduardo. A Solução de Controvérsias no Tratado do Mercosul. In: *Contratos Internacionais e Direito Econômico no Mercosul*. Paulo Borba Casella, Coordenador, Nádia de Araújo, Umberto Celli Jr., Ricardo TH. da Cunha, Colaboradores, São Paulo: LTR, 1996.

HAHM, Heon. *Gray Market Goods: Has a Resolution Been Found?* *The Trademark Reporter*, Jan-Fev 1991, vol. 81, No. 1.

LADAS, Stephen P. *Patents, Trademarks and Related Rights - National and International Protection*. Harvard, 1975.

LAUREANO, Abel. Regime Jurídico Fundamental da União Européia Anotado. Lisboa: Quid Juris, 1997.

LEONARDOS, Gabriel L. A Relação entre o Direito Antitruste e o Direito da Propriedade Industrial. Anais do XVI Seminário nacional da Propriedade Intelectual, São Paulo: Revista da Associação brasileira da Propriedade Intelectual, 1996.

_____. As Importações Paralelas Estão Proibidas no Brasil? Em Ação, Rio de Janeiro: AMCHAM, n. 118, 1997.

LICKS, Otto B. O Acordo Sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. In: Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil". Paulo Borba Casella, Aramita de Azevedo Mercadante, coordenadores, São Paulo: LTr, 1998.

LOUREIRO, Luiz Guilherme de Andrade Vieira. A Lei de Propriedade Industrial Comentada. São Paulo: Lejus, 1999.

MACCARTHY, J. Th., MacCarthy on Trademarks and Unfair Competition, 3^a ed., Clark-Board-Callaghan, Nova York, 1996.

MAGALHÃES, José Carlos de e SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. Teoria da Concorrência Potencial, in Gazeta Mercantil de 25.06.97.

MARCHETTI, P, Lépusement du Droit du Breveté. Nice, 1984.

MARTINS, Alexandre Marques da Silva. O Direito da Concorrência no Mercosul após o Protocolo de Fortaleza. In: Mercosul, Integração Regional e Globalização. Paulo Borba Casella, coordenador, Nádia de Araújo, Guilherme F. Nascimento, Paulo Henrique Vargas, colaboradores. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MARTINS, Flávio Alves. A Boa-Fé Objetiva e sua Formalização no Direito das Obrigações Brasileira. Lumen-Juris. 2000.

MARTINS, José Roberto. O Império das Marcas – Como alavancar o maior patrimônio da economia global. São Paulo: Negócio Editora, 1997.

MARZORATI, Osvaldo J. Sistemas de Distribución Comercial. Buenos Aires: Astrea, 1992, 1^a edição.

MASSAGUER, José. El Agotamiento de Derecho de Marcas y las Importaciones Paralelas. In: Revista Del Derecho Comercial y de las Obligaciones: Buenos Aires: Depalma, nº 184, 1998.

MATHÉLY, Paul. *Le Droit Français des Signes Distinctifs*. Paris, 1984.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

MERCADANTE, Aramita de Azevedo e MAGALHÃES, José Carlos. *Solução e Prevenção de Litígios Internacionais*, São Paulo: NECIN – Projeto CAPES, 1998, vol I e Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, vol. II.

MÜLLER, J. Heinz. *Dicionário de Ética Econômica*. São Leopoldo: Unisinos, 1997.

NORONHA, Fernando. *O Direito do Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OBERENDER, Peter, *Dicionário de Ética Econômica*. São Leopoldo: Unisinos, 1997.

OLAVO, Carlos. *Concorrência Desleal e Direito Industrial*, in *Concorrência Desleal*, Curso promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: Almedina-Coimbra, 1997.

PAÚL, Jorge Patrício. *Os pressupostos da concorrência desleal*, in *Concorrência Desleal*, Curso promovido pela Faculdade de Direito de Lisboa. Lisboa: Almedina-Coimbra, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Vol. III, 4ª ed., 1978, nº 185.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1961-1976, 5ª ed..

PERROTA, Salvador – COUSO, Juan C. *Contrato de Distribuição*. In: *Contratos de Empresa, II Jornadas Rioplatenses de Derecho*, San Isidro, Pareceres, 1977.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Direito Industrial – As Funções do Direito de Patentes*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PITTMAN, Russel. *Competition Policy in the United States*. *Revista de Direito Econômico*. Brasília: CADE. Jan/jul 1997.

PLAISANT, R.. *Droit Européen de la Concurrence*, Paris, 1966.

PORTER, Michael E. *Vantagem Competitiva - Criando e Sustentando um Desempenho Superior*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1990.

_____. *Estratégia Competitiva - Técnicas para Análise de Industrias e da Concorrência*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1986.

RAZZIERI, Juarez Alexandre Baldin. *Introdução à Economia*. In: Manual de Economia. Diva Benevides Pinho e Marco Antônio.S. de Vasconcellos, organizadores. São Paulo: Saraiva, 1997.

RODRÍGUEZ, Carlos J., Zavala. *Código de Comércio y Leyes Complementarias*. Buenos Aires: Depalma, 1967, vol. III.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, vol. 5, 16ª ed., 1988.

ROUBIER, Paul. *Le Droit de la Propriété Industrielle*, Paris, vol II, 1954.

SALGADO, Lúcia Helena. *O Conceito de Mercado Relevante*. *Revista de Direito Econômico*. Brasília: CADE, set/dez 1997.

SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, 2ª ed. New York: Harper and Brothers Publishers, 1974.

SEMENIK, Richard J. e BAMOSSY, Gary J. *Princípios de Marketing, uma Perspectiva Global*. São Paulo: Makron Books, 1995. Tradução de Lenke Peres.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, 3ª edição.

SILVA, Eugênio Costa e. *A Concorrência no Mercosul: Considerações Preliminares*. *Revista de Direito Econômico*. Brasília: CADE, jan/jul. 1997.

SILVA, Pedro Souza e. *Direito Comunitário e Propriedade Industrial*. Coimbra: Coimbra Editora. 1996.

SINGER, *L'epuiseiment de Droit du Breveté et les Régles Allemandes*. Nice, 1970.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Lei de Patentes, Marcas e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SOARES, Guido E.S. *O Tratamento da Propriedade Intelectual no Sistema da Organização Mundial do Comércio: Uma Descrição Geral do Acordo TRIPS*. In: *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio ? A OMC e o Brasil*. Paulo Borba Casella e Aramita de Azevedo Mercadante, coordenadores. São Paulo: LTr, 1998.

SOUZA FILHO, Paulo Macedo. "The Role of Trade Marks in the Regulation of Parallel Imports within the United States of America", obra não publicada, 1995.

THEODORO, Humberto Jr. O Contrato e seus Princípios, Rio de Janeiro: AIDE, 1999, 2ª ed.

VIEGAS, Juliana. Contratos na Área de Propriedade Intelectual, Tecnologia e Informática. Anais do XV Seminário Nacional de Propriedade Intelectual. Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual, Curitiba, 1995.

VITORINO, Antônio de Macedo. A Eficácia dos Contratos de Direito do Autor. Coimbra: Almedina.

WEILBACHER, Willian M. Marketing de Marcas. São Paulo: Makron Books, 1994, tradução de Luiz Liske.

WEISS, Friedl. Aspectos de Direito Internacional Público do TRIPS. Tradução de Luís Fernando Nigro CORREA, com revisão de Paulo Borba Casella e Guilherme Figueiredo Nascimento. In: In: Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio ? a OMC e o Brasil". Paulo Borba Casella, Aramita de Azevedo Mercadante coordenadores. São Paulo: LTr, 1998.

WILLIANSO, John. A Economia Aberta e a Economia Global, um Texto de Economia Internacional. São Paulo: Campus, 1996.

WWW.CADE.GOV.BR

WWW.LADAS.COM

WWW.SUSPECT.LAW.CORNELL

WWW.WIPO.ORG

ZAVASCKI, Teori Albino. Execução dos Direitos de Propriedade Industrial. Anais do XVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual. Revista da Associação Brasileira de Propriedade Industrial. Porto Alegre, 1997.

Desconsideração da Personalidade Jurídica de Sociedades Comerciais: Uma Análise Comparativa dos Sistemas Brasileiro e Alemão

Elaine Ramos da Silva^(*)

Introdução

Não apenas o Direito Civil brasileiro foi em larga escala influenciado pelo Direito alemão, mas também o Direito Societário¹. O Brasil segue a tradição codificada do sistema continental-europeu e o Código Civil de 1916, ainda em vigor, recepcionou estrutura, princípios orientadores e parte do conteúdo normativo do centenário BGB alemão, em vigor desde 01.01.1900. Também o novo Código Civil que vigorará a partir de 2003² não rompe com o sistema alemão. A despeito da tradição da codificação aqui e lá, o Direito Societário nos dois países apresenta-se dividido em direito codificado e leis esparsas: Alemanha e Brasil contam, além dos respectivos Códigos Comerciais³, com leis sobre Sociedade Anônima⁴ e Sociedade por Cotas de Responsabilidade Limitada⁵. À exceção do tipo societário *Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Co. Kommanditgesellschaft – GmbH & Co. KG* (espécie de sociedade comandita, cujo sócio com responsabilidade pessoal é uma sociedade limitada)⁶ e da Sociedade Unipessoal

(*) Mestre em Direito Alemão, Especialista em Direito Europeu, Doutora em Direito Societário Internacional e Comparado, Professora Universitária.

¹ Ver nosso *Rechtsangleichung im MERCOSUL – Perspektiven für das Niederlassungsrecht von Gesellschaften anhand von Erfahrungen in der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos, 2002, p. 99 e segs.

² Lei n. 10.406, de 10.01.2002.

³ Brasil: Código Comercial, Lei n. 556, de 25.6.1850, artigos 287-353 (CC/2002, artigos 984 a 1141). Alemanha: *Handelsgesetzbuch*, Lei de 10.5.1897, §§ 105 a 237.

⁴ Brasil: Lei n. 6.404, de 15.12.1976 (alterada pela última vez pela Lei 10.303, de 31.10.2001). Alemanha: *Aktiegesetz (AktG)*, de 6.9.1965.

⁵ Brasil: Decreto n. 3.708, de 10.1.1919. No CC/2002, artt. 1055 a 1087. Alemanha: *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*, de 20.4.1892.

⁶ Este tipo societário é bastante difundido na Alemanha em primeiro lugar em virtude da limitação da responsabilidade do sócio, já que os sócios comanditários permanecem respondendo apenas com os fundos que entram ou se obrigam a entrar na sociedade, ao passo que os sócios solidariamente responsáveis assumem a forma de uma sociedade limitada, sendo sua responsabilidade restrita ao respectivo capital social desta limitada; em segundo lugar, por questões tributárias. Conf. HEFERMEHL, Wolfgang, *Aktiengesetz – GmbH-Gesetz, Einführung*, München: Beck, 1995, XXXIV-XXXV.

com Responsabilidade Limitada (*Einmann-GmbH*)⁷, na Alemanha, e da Sociedade de Capital e Indústria brasileira⁸, todos os outros tipos societários estão previstos em ambos os ordenamentos⁹, os quais se assemelham quanto à forma, estrutura e regras sobre responsabilidade dos sócios¹⁰. Aliás, a Lei das Sociedades Anônimas de 1976, rompendo parcialmente com o sistema francês que inspirou o legislador da Lei de 1940, aproximou-se da Lei alemã em muitos aspectos¹¹, tais como quanto à estrutura de uma Sociedade Anônima. Também a Sociedade Limitada teve o ordenamento alemão como fonte inspiradora¹², mentor desse tipo societário tão difundido atualmente¹³.

Ambos os países reconhecem positivamente a separação entre a pessoa jurídica, aqui, mais precisamente, como atributo de praticamente todas as sociedades comerciais¹⁴, e os membros que a compõem. Também admitem a possibilidade de se desconsiderar, no caso concreto, a personalidade jurídica de uma sociedade comercial. Enquanto na Alemanha tal hipótese ocorre apenas excepcionalmente, o princípio da independência patrimonial da pessoa jurídica, com a separação de esferas jurídicas relativamente aos sócios e à sociedade, previstos aqui e lá, cada vez mais é atacado pela jurisprudência e pelos legisladores brasileiros.

O presente artigo visa apresentar de maneira comparada a discussão atual sobre a desconsideração da pessoa jurídica nos dois países, de acordo com a doutrina a jurisprudência e a legislação.

I. A personalidade jurídica como problema

Segundo a nossa ordem jurídica, a qual coincide quanto ao conteúdo com a totalidade dos ordenamentos jurídicos, todos os homens possuem personalidade jurídica. Neste sentido, possuem aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.

⁷ Este tipo societário, já existente em alguns ordenamentos, restou difundido na Europa com a 12ª Diretiva da Comunidade Européia (Dir. 89/667/CEE, Diário Oficial L 395, de 30.12.1989, p. 40. Conf. nosso *Rechtstangleichung* im MERCOSUL (nota 1), p. 170-176.

⁸ Artigos 317 a 323 do Código Comercial, tipo societário atualmente em desuso, haja vista a possibilidade de mascaramento de relação de emprego. Conf. BULGARELLI, Waldirio, *Sociedades Comerciais*, São Paulo: Atlas, 1996, p. 100-114.

⁹ Ver nosso *Rechtsangleichung* im MERCOSUL (nota 1), p. 157-158.

¹⁰ Conf. von MANGOLDT, *Das Gesellschaftsrecht Brasiliens im Blick deutscher Investoren*, Hamburg, 1981.

¹¹ Ver MARTINS, Fran, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, vol. 1, Rio de Janeiro: [s.ed.], 1978, p. 9, e LAMY FILHO, Alfredo, *Pressupostos e objetivos da reforma da Lei de Sociedades por Ações*, in: *Rev. Forense* n. 255 (1976), p. 12. Sobre demais influências ver nosso *Rechtsangleichung* im MERCOSUL, op. cit., p. 99-104 (102-103).

¹² A Sociedade por cotas de responsabilidade limitada serviu-se originariamente da lei portuguesa de 1911 como fonte inspiradora, a qual, por seu turno, inspirou-se na lei alemã de 1892. RAMOS DA SILVA, Elaine, op. cit., p. 101, com outras referências bibliográficas.

¹³ Por várias razões, sobretudo pela ausência de controle excessivo como ocorre nas Sociedades Anônimas, por força de regras de Direito Comunitário sobre publicidade e balanço, fala-se na Europa, inclusive, de uma „europeização“ da GmbH alemã. Ver LUTTER, Markus, *Europa und das Unternehmensrecht*, in: *Ress/Will, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut* n. 118, Saarbrücken, 1988, p. 6 e segs.

¹⁴ À exceção da sociedade em conta de participação, todas as demais sociedades comerciais previstas na lei detêm personalidade jurídica, sejam essas constituídas sob a forma de sociedade em nome coletivo, sociedade de capital e indústria, sociedade em comandita simples e por ações, sociedade por cotas de responsabilidade limitada e sociedade anônima.

A personalidade é, pois, um conceito básico da ordem jurídica, estando consagrado tanto na legislação civil como nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.

Deve-se, no entanto, ter em mente que esta aptidão para aquisição de direitos e assunção de obrigações não decorre da simples existência de uma pessoa, ser humano. Antes, é um atributo concedido pela ordem jurídica. Lembremos da época em que certas categorias de pessoas, como os escravos, eram tratados como coisas no âmbito da política legislativa. Hoje em dia, porém, reconhece-se juridicamente esta aptidão para todos os homens.

A princípio não seria necessário conceber outros sujeitos de direito. Todavia, por várias razões se reconhece personalidade jurídica a outros entes ou agrupamentos, quais sejam, às pessoas jurídicas.

Quando se fala em pessoa jurídica está-se diante de uma unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações¹⁵. Aqui novamente se tem a personalidade jurídica como um atributo concedido pelo ordenamento jurídico de cada país¹⁶.

Classificam-se as pessoas jurídicas quanto às funções e à capacidade em pessoas jurídicas de direito público e de direito privado. Essas últimas englobam, entre outras, as fundações particulares, as associações, as sociedades civis e as sociedades comerciais. As últimas serão objeto da presente análise.

O reconhecimento de personalidade jurídica a agrupamentos de pessoas se dá por dois motivos principais. Em primeiro lugar, a personalização objetiva facilitar a participação desses grupos de pessoas na vida jurídica, fazendo com que adquiram individualidade própria, distinta da de seus membros, e assim, com aptidão para agir em nome próprio. Em segundo lugar, opera-se com a atribuição de personalidade jurídica própria uma limitação da sua responsabilidade¹⁷. Aos atos da pessoa jurídica responde apenas seu patrimônio, assim como aos atos dos membros que a compõem não se responsabiliza a pessoa jurídica, mas cada membro, de regra uma pessoa física, individualmente. E se formos pensar especificamente em uma sociedade comercial, o reconhecimento de personalidade jurídica própria autoriza empreendimentos com redução de riscos, já que limitada a responsabilidade ao patrimônio da pessoa jurídica¹⁸.

¹⁵ Não só na designação "pessoa jurídica" (art. 18 a 30 CC/1916 e art. 40 a 69 CC/2002) ou, no alemão, "juristische Person" (§§ 21 a 89 BGB), aproximam-se os ordenamentos jurídicos sob análise, mas também na definição doutrinária. Sem necessidade de nos filarmos a nenhuma delas especificamente para o fim aqui proposto, conferir, p. ex., GOMES, Orlando, *Introdução ao Direito Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1971, p. 174-175, PEREIRA, Caio Mario S., *Instituições*, vol. 1, Rio de Janeiro: Forense, p. 254, RODRIGUES, Sílvio, vol. 1, *Direito Civil – Parte Geral*, São Paulo: Saraiva, p. 92 segs. Em alemão ver FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts I, 2: Die juristische Person*, [s. l.] [s. ed.], 1983, com outras indicações.

¹⁶ A discussão acerca da natureza da pessoa jurídica, cujos principais expoentes são teóricos alemães, nomeadamente, SAVIGNY, WINDSCHEID, Otto von GIERKE, ZITTELMANN, BRINZ, WIEDEMANN, entre outros, é considerada hodiernamente naquele país infrutífera, assim FLUME apud MEDICUS, Dieter, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg: C.F. Müller, 1985, p. 395, razão pela qual nos absteremos aqui de tratar a respeito.

¹⁷ Assim MEDICUS, op. cit., p. 389-390.

¹⁸ Sobre a análise econômica da responsabilidade limitada conferir a interessante contribuição de ROTH, Günter H., *Zur „economic analysis“ der beschränkten Haftung*, in: ZGR 3/86, p. 371-382.

Formada a sociedade comercial pelo concurso do ato de vontades individuais, devem os seus atos constitutivos ser levados a registro, ocasião em que nasce a pessoa jurídica¹⁹. Um dos principais efeitos da personalidade jurídica é que a sociedade adquire ampla autonomia patrimonial.

O patrimônio é, portanto, da sociedade e, seja qual for o tipo societário, responde este ilimitadamente pelo seu passivo. Nas formas mais usuais de sociedades nesses dois países, quais sejam, as Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada e as Sociedades Anônimas²⁰, a responsabilidade dos sócios se limita, nos termos da lei, respectivamente, às cotas do capital social de cada sócio, desde que integralizado, ou ao preço de emissão das ações.

O princípio da autonomia patrimonial, todavia, pode servir, infelizmente, também para que as sociedades comerciais sejam utilizadas como instrumento para a realização de fraudes contra credores ou mesmo com abuso de direito. Considerando-se a sociedade comercial como sujeito de direitos e obrigações, os interesses de credores ou de terceiros podem vir a ser indevidamente frustrados em razão de atos praticados no seio das sociedades, sejam esses relativos à própria constituição da sociedade, seu funcionamento, bem como alterações em sua substância ou sua extinção. Tomando-se a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas como um princípio intocável, tem-se por conseqüência a impossibilidade de correção de fraudes ou de abuso de direito.

Em razão de fraudes promovidas por meio da personificação de sociedades comerciais, quer vinculadas essas fraudes ao âmbito privado, quer à seara do Direito Público, com o resguardo dos interesses da coletividade, passou-se a elaborar por construção jurisprudencial uma doutrina para coibir os abusos verificados, aqui no Brasil conhecida como doutrina da desconsideração da personalidade jurídica. Na Alemanha, predecessora no tratamento desse tema, tem-se igualmente a prática jurisprudencial como origem, falando-se lá em *Durchgriffsdoktrin*, cuja tradução literal equivaleria à “doutrina da penetração”, o que ocasiona a chamada *Durchgriffshaftung*, ou seja, a responsabilidade por penetração.

Em que pese os ordenamentos brasileiro e alemão vislumbrarem o mesmo problema relativamente à autonomia patrimonial das sociedades comerciais, detectado aqui e lá originariamente pelos tribunais, tratado posteriormente pela doutrina, as semelhanças iniciais dão lugar a divergências na aplicação prática dessa doutrina, como a seguir veremos.

- 1) Discussão doutrinária na Alemanha
- a) Base legislativa

¹⁹ Brasil: Art. 18 CC/1916, art. 45 CC/2002; na Alemanha há diferentes sistemas para a aquisição de personalidade jurídica, dependendo do tipo de pessoa jurídica. Para Sociedades Anônimas (§§ 23 a 41 AktG) e Sociedades por Cotas de Responsabilidade Limitada (§§ 1 a 11, GmbHG) vale o sistema de determinação normativa (System der Normativbestimmungen), cujo requisito, como no Brasil, diz respeito à necessidade de registro.

²⁰ Ver nosso Rechtsangleichung im MERCOSUL, op. cit., p. 138-139.

Não está positivado, na Alemanha, o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, mas a limitação da responsabilidade dos membros de uma sociedade. Segundo o § 13, n. 2, da Lei que instituiu as Sociedades Limitadas (a seguir designada tão-somente como “GmbHG”), a responsabilidade de uma sociedade por obrigações por ela assumidas limita-se ao patrimônio da sociedade²¹. A Lei das Sociedades Anônimas (designada como “AktG”), em seu § 1, n. 1, 2, possui redação idêntica ao § 13, n. 2, GmbHG, igualmente limitando a responsabilidade frente aos credores ao patrimônio da sociedade.

A desconsideração da personalidade jurídica, ao contrário do Brasil, como a seguir veremos, não encontra previsão legal específica, baseando-se os tribunais no reconhecimento da autonomia patrimonial de uma pessoa jurídica e, no caso concreto, na caracterização de hipóteses em que esta autonomia merece ser desconsiderada, seja por fraude ou abuso de direito, seja em razão de aplicação de outras normas vinculadas à pessoa jurídica. Enfatize-se aqui que a menção ao “caso concreto” por si só já demonstra a análise casuística das hipóteses de desconsideração, denotando, por outro lado, a excepcionalidade da prática, já que a regra permanece sendo o reconhecimento da autonomia patrimonial.

b) Principais teorias

Sem a intenção da exaustividade sobre o tema, destacamos alguns aspectos das teorias desenvolvidas naquele país acerca da desconsideração da personalidade jurídica.

O primeiro doutrinador a se ocupar da *Durchgriffshatung* de forma sistemática foi o Prof. alemão Rolf Serick²² que, na década de 50, analisou a prática jurisprudencial alemã e norte-americana²³ (*disregard of legal entity* ou ainda *piercing/lifting the corporate veil*)²⁴, segundo a qual, os tribunais vinham se deparando com casos em que a forma legal de uma pessoa jurídica acobertava abusos e/ou fraudes, de modo a autorizar a penetração no seu substrato, sobretudo atingindo seus sócios. O trabalho de Serick encontrou eco em outros países, incluindo o Brasil. Ele fundamenta sua argumentação a partir de um conceito técnico específico de desconsideração, em oposição ao princípio da separação patrimonial. Serick adota um conceito unitário de desconsideração, o

²¹ No original: § 13 GmbHG – (2) “Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet den Gläubigern derselben nur das Gesellschaftsvermögen”.

²² SERICK, Rolf, *Rechtsform und Realität juristischer Person – Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person*, 2. Aufl., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1980 (1. Aufl. 1955). Texto traduzido para o espanhol em 1959 e para o italiano, em 1965.

²³ O primeiro caso que se tem notícia acerca da desconsideração da personalidade jurídica ocorreu, todavia, perante tribunais britânicos, em 1897: *Salomon v. Salomon & Co.*, narrado no Brasil por REQUIÃO, Rubens, *Curso de Direito Comercial*, vol. 1, 24ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 352 e, de forma didática, por COELHO, Fabio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, p. 31 e segs.

²⁴ Não nos ocuparemos aqui da doutrina norte-americana sobre o tema. Conferir p. ex. BARBER, *Incorporation Risks: Defective Incorporation and Piercing the Corporate Veil in California*, 12 Pac. L.J. 829 (1985), THOMPSON, *Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study*, 76 Cornell L. Ver. 1036 (1991), com outras indicações.

qual se vincula a uma concepção unitária da pessoa jurídica, como um ente dotado de essência pré-jurídica, que se contrapõe ao valor específico de cada norma. Alguns autores designam, por isso, esta Teoria como “Unitarista”²⁵. A personalidade jurídica de uma sociedade corresponderia à regra geral, e a sua desconsideração, a uma exceção, quando aquela fosse utilizada com abuso subjetivo de direito (*subjektiver Rechtsmißbrauch*). Daí decorreria a chamada “*subjektive Mißbrauchslehre*”²⁶ (em tradução literal: “doutrina do abuso subjetivo”). Em razão de críticas a esta doutrina, mas ainda permanecendo a ela vinculada, surgiu uma variante que, abrindo mão da subjetividade defendida por Serick, busca critérios objetivos para a desconsideração da personalidade jurídica, quando, por exemplo, ocorre atuação da sociedade contrariamente ao disposto em seus estatutos, à sua função ou ao seu objetivo. É o que os autores na Alemanha designam como “*institutionelle Durchgriffslehre*”, a qual ocorre quando a separação entre a sociedade e os seus membros contrariam à ordem jurídica²⁷.

Não tardaram críticas à teoria desenvolvida por Serick, chegando-se, pouco tempo após a publicação do seu trabalho à elaboração de uma nova teoria, a qual é hoje predominante na Alemanha. Trata-se da “*Normzwecklehre*” (em tradução literal: “doutrina do objetivo normativo”), que surgiu a partir da crítica de Müller-Freienfels em um artigo de 1957²⁸. A idéia defendida por aqueles que a ela se filiam é a de que, respeitar ou não a separação patrimonial depende da análise da situação concreta e da verificação do objetivo do legislador ao impor uma determinada disciplina. Assim, passa-se a incluir não apenas as situações de fraude para desconsiderar a personalidade jurídica, mas também, situações que, em razão da importância e do objetivo da norma aplicável, é conveniente não observar a personalidade jurídica no caso concreto. Ou seja, não se trata tão-somente de considerar o problema da pessoa jurídica, mas, antes, o problema da aplicação de normas²⁹.

Uma terceira manifestação doutrinária – designada como “*Mischtheorie*” (Teoria Mista) – tenta conjugar as duas teorias anteriormente mencionadas, distinguindo os casos em que há abuso da forma da pessoa jurídica de duas maneiras: quando há abuso em razão de objetivos escusos e quando há normas específicas vinculadas à pessoa jurídica que devem ser aplicadas³⁰.

c) Casos de aplicação da doutrina

²⁵ Sobre o tema ver excelente análise do Direito alemão em SALOMÃO FILHO, Calixto, O novo direito societário, p. 78 e segs.

²⁶ SERICK, op. cit., p. 38.

²⁷ Ver discussão em SCHMIDT, Karsten, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., [s.l.] [s.ed.], 1997, p. 229 e seg., com outras referências bibliográficas. Há, inclusive, referência a decisões do Tribunal Federal Alemão que entende muita restrita a doutrina subjetiva defendida por Serick (BGHZ 20, 4, 13; BGHZ 31, 258, 271).

²⁸ MÜLLER FREIENFELS, Zur Lehre von sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen in Privatrecht, in: AcP 156 (1957), p. 522 e segs.

²⁹ SCHMIDT, Karsten, op. cit., p. 230 e seg., menciona pertinentemente o posicionamento de um outro doutrinador alemão, Hans Julius Wolff, que teria servido de base para a teoria desenvolvida por Müller Freienfels, de acordo com o qual a pessoa jurídica não pode ser considerada do ponto de vista da técnica jurídica como um todo, mas apenas como uma „abreviatura construtiva“ (konstruktive Abreviatur), resumindo hipóteses legais, relações e normas isoladas. Neste sentido, reconhece-se apenas uma personalidade jurídica relativa às sociedades (...).

³⁰ REHBINDER apud SCHMIDT, op. cit., p. 231.

Considerando-se a *Durchgriffshaftung* como um método, segundo o qual se permite, no caso concreto, colocar de lado a independência patrimonial da pessoa jurídica, atingindo o patrimônio de seus membros, apressa-se a doutrina alemã³¹ em distinguir a responsabilidade por penetração de outros institutos a ela similares, porém com os quais não se confunde. Isto porque nesses casos há previsão legal de imputação ao sócio, ao sócio-gerente ou ao administrador, ou ainda se trata de mera aplicação ou interpretação da lei não havendo, portanto, falar em penetração da pessoa jurídica (*Durchgriffshaftung*), mas simplesmente em “quebra da personalidade jurídica” (*Durchbrechung der Rechtspersönlichkeit*) ou ainda da relativização da personalidade jurídica (*Rückbesinnung auf die Relativität der Rechtspersönlichkeit*)³².

Como casos de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica reconhecem-se na Alemanha algumas constelações, nomeadamente a confusão de esferas (*Sphärenvermischung*), o controle de uma sociedade (*Beherrschung einer Gesellschaft*), perpetrado por meio de pessoa física ou ainda no âmbito de grupo de empresas, fático ou juridicamente considerado, bem como o caso de sub-capitalização (*Unterkapitalisierung*). Trataremos de cada uma dessas hipóteses na segunda parte deste estudo.

2) Discussão doutrinária no Brasil

a) Base legislativa

A autonomia patrimonial das pessoas jurídicas está prevista no art. 20 do atual Código Civil, segundo o qual as pessoas jurídicas têm existência distinta da de seus membros. O Novo Código Civil não contempla semelhante dispositivo, ao contrário, admite em seu 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”. Ou seja, a princípio aqui não se trata de positivar e privilegiar o princípio da autonomia patrimonial mas, ao contrário, de fazer com que este seja “levado a sério”.

Quanto à limitação da responsabilidade dos sócios, em se tratando de uma Sociedade Limitada ou de uma Sociedade Anônima, tem-se, primeiramente, o disposto no art. 2º, do Decreto 3.708/1919, que limita a responsabilidade dos sócios à importância total do capital social. A Lei das Sociedades Anônimas (art. 1º), de 1976, por seu turno, limita a responsabilidade dos sócios ou acionistas ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

b) Teorias da desconsideração da personalidade jurídica

³¹ Ver aqui SCHMIDT, op. cit., p. 231 e segs., com outras referências doutrinárias e sobretudo jurisprudenciais.

³² Conf. exposição, com narrativa de casos concretos, em SCHMIDT, op. cit. p. 233-240.

No Brasil, a primeira tentativa de sistematização da desconsideração da personalidade jurídica se deu por meio de um artigo de doutrina, de autoria de Rubens Requião, de 1969³³, no qual o autor faz menção ao estudo de Serick. O tratamento doutrinário sobre o tema, desde então, é, como na Alemanha, inesgotável.

Com efeito, a doutrina trata e a jurisprudência invoca constantemente a “teoria da desconsideração da personalidade jurídica”, porém, de regra, como algo único, ao menos sem variações, quando, na prática, há, sob este rótulo, duas variantes bem definidas: em uma delas enquadram-se práticas fraudulentas ou abusos de direito perpetrados sob o manto da pessoa jurídica; na segunda variante, tem-se casos, os quais, em verdade, dizem respeito à imputação legal de responsabilidade ao sócio, ao sócio-gerente ou ao administrador, a despeito da existência de pessoa jurídica. Isto porque em determinadas hipóteses há uma valoração dos interesses em jogo, privilegiando-se uns em detrimento de outros.

Com propriedade distingue Fabio Ulhoa Coelho entre a chamada “Teoria Maior da Desconsideração” e a “Teoria Menor da Desconsideração”³⁴. Consistiria a primeira no afastamento, no caso concreto, da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas quando caracterizada a manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. Nesta hipótese, quer o autor distinguir a desconsideração da personalidade jurídica de outros institutos jurídicos que igualmente implicam a afetação de patrimônio de sócio por obrigação da sociedade, tais como a responsabilização por ato de má gestão, em virtude de extensão da responsabilidade tributária, entre outros³⁵. À Teoria Menor, “menos elaborada” no dizer do autor, vincular-se-ia toda e qualquer hipótese de execução do patrimônio de sócio por obrigação social, cuja tendência é condicionar o afastamento do princípio da autonomia à insatisfação de crédito perante a sociedade³⁶.

A propriedade desta distinção se deixa explicar pela impossibilidade atual de se dissociar a expressão “desconsideração” no direito societário de outros institutos, dada a prática jurisprudencial, o tratamento doutrinário e mesmo a elaboração legislativa sobre o tema.

c) Casos de aplicação da doutrina

De acordo com a prática no Brasil, entende-se por desconsideração da personalidade jurídica, segundo a grande maioria da doutrina brasileira, a não-consideração dos efeitos da personificação, para se atingir a responsabilidade dos sócios. Esta definição atende às duas teorias sobre o tema. Assim, em observância à Teoria Maior, teríamos as hipóteses de fraude e abuso de direito.

No âmbito da Teoria Menor, destacam-se aqui as previsões legislativas nas seguintes áreas, em que há uma valoração de certos interesses em detrimento do princípio da autonomia patrimonial:

³³ REQUIÃO, Rubens, Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica, in: RT 410, 12 segs.

³⁴ COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 35 e segs.

³⁵ COELHO, op. cit. p. 35.

³⁶ Ibidem idem.

(1) no campo do Direito Tributário, as garantias do crédito fiscal estendem, em determinados casos, a responsabilidade pela falta de recolhimento do tributo aos sócios-gerentes³⁷.

(2) O Direito do Trabalho desconsidera pessoas jurídicas unidas fática ou juridicamente em grupo para responsabilizá-las solidariamente em determinados casos frente a débitos de natureza trabalhista³⁸.

(3) A legislação consumerista³⁹, a da tutela das estruturas do livre mercado⁴⁰ e a da repressão aos atos prejudiciais ao meio ambiente⁴¹ autorizam, em determinados casos, a superação da autonomia patrimonial e a responsabilidade direta dos sócios por atos da sociedade.

Assim, a utilização de uma ou de outra teoria depende, também, dos interesses envolvidos, mais precisamente, da natureza do crédito a ser exigido da sociedade. Em ambos os casos, vale ressaltar, ainda prevalece, em maior ou menor grau, a observância do princípio da autonomia patrimonial da sociedade.

E em se tratando a autonomia patrimonial da pessoa jurídica praticamente de um dogma do Direito Privado, quais seriam as circunstâncias que fazem com que os juízes alemães e seus colegas brasileiros, juntamente com o legislador venham cada vez mais autorizando a desconsideração da personalidade jurídica?

II. A prática da desconsideração da personalidade jurídica

É unanimidade na prática jurisprudencial acerca da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, e aqui se enquadram Alemanha e Brasil, que não se trata de considerar ou declarar nula a pessoa jurídica, mas apenas de torná-la ineficaz para determinados atos. Ou seja, não se quer com a desconsideração da personalidade jurídica colocar em dúvida a diferença de personalidade entre a sociedade e os seus sócios, mas no caso específico, impedir a consumação de fraudes e abuso de direito cometidos por meio da sociedade como pessoa jurídica.

Também há unanimidade na doutrina e na jurisprudência, aqui e lá, no sentido de que, ante a fraudes e abuso de direito, a desconsideração da personalidade jurídica não depende de qualquer alteração legislativa para ser aplicada, na medida em que trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos. Quer dizer, deixar de aplicar a doutrina, sob o pretexto de inexistência de dispositivo legal expresso, significaria o mesmo que amparar a fraude. Não obstante, cada vez mais o legislador brasileiro vem positivando este princípio, visando proteger interesses de determinados credores, tais como o consumidor e a coletividade (no que respeita à proteção do meio ambiente).

³⁷ Art. 135 do Código Tributário Nacional.

³⁸ Art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

³⁹ Art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁰ Lei 8.884/94 que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências (Lei Antitruste).

⁴¹ Lei 9.605/1995, que dispõe sobre crimes ambientais.

Comparando-se a prática dos ordenamentos alemão e brasileiro, acrescentando-se com relação ao nosso país a prática de elaboração legislativa, temos que, em que pese a intenção da excepcionalidade aqui e lá, há no Brasil uma utilização mais constante da desconsideração da personalidade jurídica, na maioria das vezes sem uma preocupação em distingui-la de outros institutos.

Trataremos da prática jurisprudencial acerca da desconsideração da personalidade jurídica a partir de dois enfoques. Em primeiro lugar, abordaremos a base normativa comumente utilizada para a desconsideração da personalidade jurídica, destacando-se as normas consideradas gerais, as quais, de regra, fundamentam fraude e abuso de direito, e as normas específicas, utilizadas pelo julgador invocando a doutrina, ou mesmo já previstas pelo legislador sob esta titulação. Em segundo lugar, destacaremos casos práticos em que há a desconsideração da personalidade, seja na sua forma pura, seja vinculada à imputação de responsabilidade.

1) Base legislativa para a desconsideração da pessoa jurídica

Enquanto na Alemanha vale-se o juiz de normas substantivas para desconsiderar a personalidade jurídica, demonstra a prática brasileira, ainda que não exclusivamente, a invocação de dispositivos processuais para o mesmo fim.

a) Normas substantivas

Na Alemanha admite-se a penetração da pessoa jurídica, chegando-se ao patrimônio de seus membros, a partir da aplicação de normas substantivas. Destaca-se primeiramente a invocação ao § 242 do BGB, que consagra o princípio da boa fé nas relações jurídicas⁴². No Brasil, não conhece o nosso Código Civil de 1916 dispositivo semelhante, tendo sido tal princípio desenvolvido com o passar dos tempos pela jurisprudência. Os juízes brasileiros, de forma genérica, pressupõem uma violação legal ou abuso de direito para a desconsideração da personalidade jurídica⁴³, o que, de plano, dispensaria a invocação desse princípio.

Também se utilizam os juízes alemães como fundamentação para a desconsideração da personalidade jurídica do § 826 BGB, o qual dispõe acerca do dever de indenizar por danos causados a outrem em virtude de atos dolosos contrários aos bons costumes⁴⁴, bem como o § 30 da GmbHG, que trata da vedação de reembolso do capital social ao sócio da limitada⁴⁵.

No Brasil, em que pese tratar-se de corrente minoritária, defende-se a desconsideração da personalidade jurídica mediante a aplicação de regras sobre a validade do negócio jurídico, em se tratando de responsabilidade contratual. Pensa-se

⁴² Por exemplo: BGHZ 20, 4, 11; BGHZ 22, 226, 229 e seg.; BGHZ 26, 31, 33, 37; BGHZ 61, 380, 383; WM 1974, 689, 690; BGH, decisão de 4.5.1981 – II ZR 193/80; ZIP 1981, 1076, 1078.

⁴³ Assim RAMALHETE, RT 586/9-14; ver também decisão TA/SP (7a. Câm.), Ap. 358.421, de 12.8.1986, in: JTACSP-RT 102 (1987), 75-79; uma outra posição consta da decisão Ap. 185058328, in: Julgados do TARGS, 57/199, citado por GIARETA, *Ajuris* 15 (1988) 111-133 (129).

⁴⁴ BGH NJW 79, 2104; BGH NJW-RR 88, 1181.

⁴⁵ BGH, decisão de 19.11.1965 – IV ZR 284/64; WM 1966, 146, 147.

aqui nos artigos 82, 86 a 102 e 145 do CC/1916⁴⁶. No caso de responsabilidade extracontratual defende corrente minoritária a aplicação do art. 159 do CC/1916⁴⁷. Conforme já expandido anteriormente, vale ressaltar que não se pode falar tecnicamente em desconsideração da personalidade jurídica nesses casos, mas de imputação de responsabilidade.

b) Normas adjetivas

Em verdade, para a desconsideração da personalidade jurídica no Brasil vale-se o julgador brasileiro sobretudo de normas processuais, destacando-se aqui o art. 596 do CPC, o qual prevê expressamente que “os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei”, sendo que “o sócio demandado pelo pagamento da dívida tem direito a exigir que primeiro sejam excutidos os bens da sociedade”. A invocação aos “casos previstos na lei” abre um leque de possibilidades, remetendo-se às mais variadas hipóteses de violação da lei ou do estatuto social, tais como aquela prevista no art. 10 do Decreto das limitadas de 1919, bem como às disposições insertas em leis especiais, as quais tutelam interesses de credores especiais, sejam esses o fisco, o trabalhador, os consumidores, o meio ambiente e o livre mercado (aqui tendo o interesse da coletividade protegido)⁴⁸.

c) Regras especiais

Sendo o fisco o credor da sociedade, o art. 135 do CTN responsabiliza os sócios, gerentes ou administradores, em caso de insuficiência de capital social, ou seja, independentemente de culpa. Trata-se, a nosso ver, conforme já afirmado, de mera imputação legal⁴⁹.

Em matéria de Direito do Trabalho, trata-se da hipótese prevista no art. 2º, § 2º, da norma consolidada, segundo o qual são responsabilizados solidariamente todas as sociedades integrantes de um grupo, independentemente de possuírem personalidades jurídicas distintas umas das outras. Quando se fala em grupo, previu o legislador a

⁴⁶ Pensa-se aqui nos artigos 82, 86 a 102 e 145 do CC/1916. Ver a respeito RAMALHETE, op. cit. Contrário a tal assertiva JUSTEN FILHO, Desconsideração da Personalidade Societária no Direito Brasileiro, São Paulo: 1987, p. 55. Ver ainda LIMBORÇO, RT 579/25-29 (26); SZTAJN, RT 762/81-97 (94).

⁴⁷ RAMALHETE, op. cit.

⁴⁸ Uma das discussões processuais de extrema relevância diz respeito à necessidade, ou não, de o sócio, sócio-gerente ou administrador ter participado da relação processual. Quanto à desnecessidade ver por exemplo TJ-SP (10a. Câ. Civ.), AI 49.834-2, de 19.10.1982, in: RT 572/84-86; STF (2a. T.), RE 95.380-9, de 3.12.1982, in: RT 577/298; STF (2a. T.), RE 113.853-0, de 20.10.1987, in: RT 626/248-249; STJ (1a. T.) Resp. 89.8253-5, de 25.10.1989, in: Rev. Sup. Trib. Just. 2 (6) 245/476 (1990), 247-251; TJ-SP (11a. Câ. Civ.), Ap. 177.674-2/0, de 26.3.1992, in: RT 682/95-96; TJ-PR (3a. Câ. Civ.), AI 18.992-8, de 11.8.1992, in: RT 697/131-132; STJ (2a. T.), Resp. 31.256-9, de 16.11.1994, in: RT 721/290-292; TRF 4a. Reg. (1a. T.), Ap. 94.04.402238-9/PR, de 14.3.1995, in: Rev. Trib. Reg. Fed. 4a. Reg. 20 (1995), 194-197; STJ (1a. T.), Resp. 47.718-2, de 9.8.1995, in: RT 727/115-118. Ver a respeito COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 54-56, sobretudo menção à norma do Direito Societário argentino como forma de solucionar o problema. Acresça-se que semelhante dispositivo também é contemplado pelo Direito Societário uruguaio, conf. nosso Rechtsangleichung im MERCOSUL, p. 111, nota 65.

⁴⁹ Concordam FRIGERI, RT 739/53-69 (66); CASILLO, RT 528/24-40 (35). Ver também ZAITZ, RT 740/11-52 (39).

hipótese de uma ou mais empresas estarem sob a direção, controle ou administração de outra, de forma a constituir grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica. Ou seja, “grupo” deve ser entendido extensivamente⁵⁰, não havendo relação com o “grupo econômico” previsto na legislação societária que, em primeiro lugar não abrange todas as formas de coligação, consórcio ou combinação de empresas e, em segundo, requer a observância de certas formalidades para ser como tal caracterizado. A prática na Justiça do Trabalho, useira e vezeira da invocação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, se desloca muito mais para uma questão processual, na fase do processo de execução, quando se verifica que a sociedade empresária reclamada, no caso executada, se encontra descapitalizada, ou seja, seu ativo não é apto a saldar a dívida trabalhista reconhecida. Aqui, na maioria dos casos, o requisito principal é que a descapitalização decorra de ato fraudulento, em que pese muitas das decisões sequer mencionarem esta exigência⁵¹.

O Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro a positivar a expressão “desconsideração da personalidade jurídica”. O art. 28 desse diploma legal autoriza o juiz a desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. Além disso, pode o julgador desconsiderar a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo para o ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Nem todos na doutrina celebram a redação deste artigo, pois há uma mistura de institutos, bem como imprecisão de linguagem que pode trazer efeitos danosos a outros credores⁵².

Também em matéria de infrações à ordem econômica, tratadas na Lei 8.884/94 que dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, há previsão expressa de desconsideração da pessoa jurídica. Esta lei recepciona em seu art. 18 o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Sob o ponto de vista do Direito Positivo, foi a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998) a última a dispor sobre a desconsideração da personalidade jurídica⁵³. A

⁵⁰ O entendimento originário era de análise restritiva deste dispositivo. Assim MORAES FILHO, Grupos econômicos e solidariedade de empresas, in: Estudos de Direito do Trabalho, São Paulo, 1971, 140-159 (149), bem como GOTTSCHALK, O Consórcio de Empresas no Direito Brasileiro do Trabalho, in: Rev. Dir. Trab. 1946, p. 6. Atualmente prevalece sua análise extensiva, conf. VILHENA, Relação de emprego, São Paulo, 1975, p. 127; LEITE, in: Rev. Dir. Trab., Jan-Fev/1980, p. 39.; MARANHÃO, in: LTr 45(2) (1981), 137-139; RUSSOMANO, Comentários à CLT, Rio de Janeiro, 1982, p. 8-9; MAGANO, in: LTr 48(3) (1984), 277-285.

⁵¹ Conf. FRIGERI, op. cit., p. 62.

⁵² Conf. COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 49 e segs. Sobre este artigo conferir também KRIEGER FILHO, in: Rev. Dir. Cons. 13, 85. Conferir também FRIGERI, op. cit., p. 67. Ver ainda VALLE, in: Ajuris 2 (1998), p. 656-665; RODRIGUES, in: Rev. Dir. Cons. 11, p. 7-20. Críticas, ainda, em KOURY, Suzy E., A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 191; COELHO, Fabio Ulhoa, in: OLIVEIRA (Coord.), Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor, São Paulo: [s.ed.], 1991, p. 143; MATOS NETO, Manual do Consumidor, Belém: [s.ed.], 1992, p. 22.

responsabilidade das pessoas jurídicas, segundo a lei, não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato, sendo que a lei prevê a possibilidade de desconsideração sempre que a pessoa jurídica constituir obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente. Mais uma vez foi recepcionada parte do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

Em verdade, mesmo que não se trate propriamente da chamada Teoria Maior da Desconsideração, na maioria dessas áreas o que se tem é uma colisão de valores e/ou interesses: ou se valoriza o princípio da autonomia patrimonial ou se valoriza a proteção do interesse dos credores da pessoa jurídica, sejam eles os empregados, o fisco, os consumidores, os princípios do livre mercado, o meio ambiente. E em nome desta valoração, imputa-se aos sócios, sócios-gerentes ou administradores a responsabilidade.

2) Casos práticos sobre desconsideração da personalidade jurídica

a) Na Alemanha

Em primeira linha, os casos envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica na Alemanha tem como causa o abuso de direito, notadamente quanto à tentativa de fuga da responsabilidade pessoal. O Tribunal Social Federal (*Bundessozialgericht*) bem descreve o método: “trata-se de negar validade à invocação do privilégio previsto no § 13, n. II, GmbHG, afastar a separação da exclusão de responsabilidade entre sócio e sociedade e atingir o (patrimônio do) sócio pela obrigação”⁵⁴.

Os tribunais reconhecem três constelações de casos em que pode se dar a desconsideração da personalidade jurídica: a confusão de esferas (*Sphärenvermischung*), o controle de uma sociedade (*Beherrschung einer Gesellschaft*) e a sub-capitalização (*Unterkapitalisierung*). Não há, porém, unanimidade na doutrina acerca da sistematização desses casos⁵⁵.

(1) Confusão de esferas

É aceito como regra que a separação de patrimônios entre a sociedade e sócios apenas deve ser respeitada quando os próprios sócios reconhecem e respeitam esta separação⁵⁶. Quando isto não ocorre, no caso concreto, tem-se uma confusão de esferas patrimoniais, que pode levar à desconsideração da personalidade jurídica. Os requisitos para se deixar de observar a autonomia patrimonial deve ser analisado caso a caso⁵⁷.

⁵³ Aqui permite-se traçar um paralelo com uma lei alemã sobre proteção ambiental, a Bundesbodenschutzgesetz (Gesetz zum Schutz für schädliche Bodenveränderungen und zur Sanierung von Altlasten – BbodSchG, de 17.3.1998 (BGBl 1998, p. 502), que de forma mais amena acerca do delineamento da responsabilidade da sociedade e dos sócios. Ver a respeito VIERHAUS, NJW 98, 1262-1265; BECKER, DVBl 99, 134-137; SCHMITZ-RODE, DB 99, 417.

⁵⁴ BSG, ZIP 1984, 1217-1219. No original: „In diesen Fällen versagt die Berufung auf das Haftungsprivileg des § 13 II GmbHG; die haftungsausschließende Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter ist aufgehoben, die Schuldverpflichtung greift auf den Gesellschafter durch.“

⁵⁵ Conf. tentativas de sistematização em WIEDEMANN, Gesellschaftsrecht I, 1980, § 4 III 1; LUTTER, ZGR 1982, p. 244-275 (249 segs.); RAISER, Recht der Kapitalgesellschaften, 2. Aufl., 1992, § 29, Rn. 22 segs.; SCHMIDT, op. cit., p. 241 segs.

⁵⁶ Assim, SCHMIDT, op. cit., p. 242.

⁵⁷ BGH, BB 1985, 77, com anotações de BAUSCHKE.

Uma das hipóteses, em que pode haver a confusão patrimonial, do ponto de vista objetivo, refere-se à Sociedade Limitada Unipessoal (*Einmann-GmbH*), permitida na Alemanha, na hipótese de abuso, discussão esta que não se instauraria no Brasil dada a responsabilidade ilimitada do empresário individual por força de lei⁵⁸. Uma segunda possibilidade, de natureza subjetiva, trata da impossibilidade de identificação da separação patrimonial, em função dos sujeitos de direito envolvidos, os quais correspondem, na prática, a grupos (fáticos) de sociedades⁵⁹.

(2) Controle de uma sociedade

O controle de uma sociedade, por si só, não autoriza a desconsideração da personalidade jurídica, porém o abuso de direito no aspecto. Aqui tem-se variantes relativamente ao domínio de uma sociedade por uma pessoa natural (podendo ser a pessoa física em uma sociedade unipessoal de responsabilidade limitada ou os sócios majoritários)⁶⁰ ou, ainda, envolvendo grupos – fáticos ou jurídicos - de sociedades⁶¹. A idéia inicial é que a sociedade detenha personalidade jurídica e autonomia patrimonial quando os atos praticados por seus sócios e/ou dirigentes são em interesse da própria sociedade. Quando os interesses em jogo não forem os da própria pessoa jurídica em questão, mas de uma outra pessoa – física ou jurídica – cabe, verificado o abuso de direito, a desconsideração da personalidade jurídica⁶².

(3) Sub-capitalização

Trata esta hipótese da capacidade da sociedade em manter sua finanças de maneira apropriada. A doutrina especifica que não se confunde a sub-capitalização com ausência de patrimônio, excesso de dívidas ou balanço deficitário. Antes, em uma tentativa de definição, entende-se que “uma sociedade está sub-capitalizada quando, de acordo com a forma e o alcance das atividades sociais almeçadas e reais, considerando-se os métodos de financiamento, o capital social for insuficiente para satisfazer a necessidade de financiamento a médio e longo prazo por meio de cobertura por crédito de terceiros”⁶³. A doutrina classifica, ainda, duas formas de sub-capitalização, uma nominal e outra material, sendo que somente esta última oportunizaria a desconsideração da personalidade jurídica. Nominal seria a sub-capitalização quando o déficit do capital social fosse coberto por capital de terceiros (crédito); material, por

⁵⁸ Semelhantemente COMPARATO, o poder de controle na sociedade anônima, 3ª ed., Rio de Janeiro, 1983, p. 350.

⁵⁹ BGH, Jus 1979, 212, BGH, NJW-RR 1986, 456, BGHZ 62, 216; BGHZ 64, 11, BGH, WM 1990, 600; OLG Düsseldorf, ZRM 1972, 307.

⁶⁰ BGHZ 95, 330.

⁶¹ BGHZ 68, 312. A respeito WIEDEMANN, Die Unternehmensgruppe im Privatrecht, 1988, p.18 e segs., e LUTTER, ZGR 1982, 262; PASCHKE, AG 1988, p. 196 e segs.

⁶² Um exemplo aqui, extraído da doutrina brasileira, poderia consistir na constituição de offshore companies. Não que a constituição de uma tal company consista necessariamente em um instrumento para fraude, mas pode vir a sê-lo quando ocorrer a prática de atos ou forem titularizados bens estranhos a qualquer atividade empresarial, sendo fraudulentamente manipulada para desvio de bens. Ver COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 46-48.

⁶³ ULMER apud SCHMIDT, op. cit., p. 248.

seu turno, corresponderia à sub-capitalização, quando os meios necessário para a existência e funcionamento inexistem⁶⁴. Em verdade, esta possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica consiste em uma responsabilidade por culpa, sendo a própria sociedade a responsável pelo pagamento de dívidas contraídas, cujo capital social não cobre⁶⁵.

b) No Brasil

(1) Dissolução irregular de sociedade

Aqui reside a grande maioria dos casos envolvendo a desconsideração da personalidade jurídica⁶⁶. Aplicam-se aqui as regras sobre dissolução e liquidação de uma sociedade, as quais exigem a satisfação do passivo, bem como levarem-se os atos ao registro correspondente. Na prática, em muitos casos tal não ocorre, via de regra em virtude da sociedade, em verdade, já se encontrar descapitalizada. Nesta hipótese enquadram-se sobretudo litígios envolvendo questões de Direito Privado (Civil e Comercial) e de Direito Tributário.

A jurisprudência admite a desconsideração na maioria dos casos pesquisados quando o passivo não foi liquidado⁶⁷. Admite, ainda, ante à ausência de registro da dissolução⁶⁸. Neste último caso, da leitura das decisões raramente se exige expressamente o dolo do sócio⁶⁹. Também em matéria de direito do consumidor se verifica esta possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica⁷⁰.

⁶⁴ SCHIMIDT, op. cit., p. 248-149.

⁶⁵ BSG, NJW 1984, 2117 = ZIP 1984, 1217 envolvendo subvenção de uma GmbH & Co KG; ver ainda BGHZ 31, 258; BGHZ 68, 312; BGHZ 95, 330 = NJW 1986, 188.

⁶⁶ Sobre esta constelação de casos manifesta-se com precisão HUBERT, Beno Frederico, Desconsideração da pessoa jurídica nos tribunais, Curitiba: J.M. Editora, 1999 (Introdução) sobre a "insolvência industrializada".

⁶⁷ Em matéria civil ou comercial: TJ-SC (3a. Câmara. Civ.), Ap. 10.470, de 14.4.1975, in: RT 500/194-195; TA-MG (1a. Câmara.), Ap. 28.374, de 21.6.1985, in: RT 610/223; TA-SP (7a. Câmara. Civ.), Ap. 391.183-1, de 23.8.1988, in: RT 635/225-226; TA-SP (2a. Câmara. Civ.), Al 250.192-7, de 22.11.1989, in: RT 656/135-136; TA-RS (3a. Câmara. Civ.), Ap. 189000763, de 5.4.1989, in: RT 660/181-183; TA-MG (2a. Câmara. Civ.), Al 7.494, de 16.8.1989, in: Rev. Forense 315, p. 167-168; TA-RS (1a. Câmara. Civ.), Al 190.055.947, de 14.8.1990, in: Rev. Forense 309, p. 165; TA-SP (12a. Câmara. Civ.), Al 418556-00/3, de 22.9.1994 (voto vencido), in: RT 713/177-179; TJ-SP (7a. Câmara. Civ.), Ap. 269.062-1/9, de 4.10.1995, in: RT 723/348-349; TJ-SP (10a. Câmara.), Al 58.629-4/4, de 9.9.1997, in: RT 747/269-271; TA-SP (12a. Câmara. Civ.), Al 751.714-2, de 2.10.1997, in: RT 748/279; TA-SP (12a. Câmara. Civ.), Al 815.633-8, de 1.9.1998, in: RT 762/285-287.

Em matéria tributária: TA-SP (1a. Câmara. Civ.), Al 240.763, de 14.2.1978, in: Rev. Forense 268, p. 234-235; STF (2a. T.), RE 99.057-7, de 3.2.1983, in: RT 578/273; STF (2a. T.), RE 101.038-0, de 2.12.1983, in: RT 585/258-259; STF (1a. T.), RE 107.330-6, de 29.10.1985, in: RT 604/258-259; TJ-SP (12a. Câmara. Civ.), Ap. 82.022-2, de 5.11.1985, in: RT 605/73-74; STF (2a. T.), RE 102.966-8, de 15.2.1985, in: Jurispr. Bras. 99 (1985), p. 73-75; TJ-SP (17a. Câmara. Civ.), Ap. 99.176-2, de 27.11.1985, in: RT 609/80-82; TJ-SC (3a. Câmara. Civ.), Ap. 22.647, de 4.2.1986, in: Rev. Forense 298, p. 302-303; STF (2a. T.), RE 115.652-0, de 4.3.1988, in: RT 631/261-262; STF (2a. T.), RE 105.677-1, de 16.12.1985, in: RT 608/240-241.

⁶⁸ Em matéria civil ou comercial: TJ-SP (6a. Câmara. Civ.), MS 26.147-1, de 9.9.1982, in: Rev. Forense 285, p. 181; TJ-SP (7a. Câmara. Civ.), Al 107.241-1, de 28.12.1988, in: RT 639/78.

Em matéria tributária: TA-SP (1a. Câmara. Civ.), AP 183.120, de 19.9.1972, in: RT 446/187-188; TA-PR (3a. Câmara. Civ.), Al 150/79, de 28.11.1979, in: Jurispr. Bras. 39 (1980), p. 172-173; TJ-SP (16a. Câmara. Civ.), Al 81.377-2, de 10.10.1984, in: RT 598/104-105.

Em matéria trabalhista: TRT 15a. Reg. (2a. T.), Ap. 04424/92-9, in: DJE 10.9.1992, 133.

⁶⁹ TA-SP (2a. Câmara. Civ.), Ap. c/ Rer 530.382-00/3, de 16.11.1998, in: RT 761/283-284.

⁷⁰ TJ-SP (16a. Câmara. Civ.), Al 239.606-2/1, de 14.6.1994, in: RT 711/117-119.

(2) Fraude contra credores

Na prática é difícil diferenciar fraude contra credores (ou seja, a alienação com intenção de redução patrimonial do devedor, ou sua insolvabilidade em prejuízo aos credores) do abuso de direito (que consiste no exercício anormal ou irregular do direito, sem que assista ao seu autor motivo legítimo ou interesse honesto justificadores do ato, via de regra com o ânimo de prejudicar alguém). Porém, em ambos os casos ocorre o exercício abusivo de um direito ou a prática de atos por meio de sócios de uma sociedade em relações contratuais, anteriormente a uma ação judicial que visa desconstituir tais atos⁷¹. Também se fala em fraude contra credores no curso de uma ação judicial, porém ainda não em fase de execução⁷². Por óbvio, pressupõe-se em ambos os casos ação dolosa por parte do sócio-gerente ou simplesmente do sócio. Por isso, freqüentemente a desconsideração da personalidade jurídica é denegada por falta de provas no aspecto⁷³.

As decisões acerca de fraude contra credores utilizam como argumento, por exemplo, a confusão de esferas⁷⁴ ou, ainda, o controle abusivo da sociedade por meio dos sócios⁷⁵, sem que se perceba muitas vezes uma distinção clara entre esses dois casos nessas decisões. Fala-se, por exemplo, em confusão de esferas ao se responsabilizar o sócio de uma “limitada unipessoal” de fato, ou seja, quando a totalidade do capital social se concentra nas mãos de uma só pessoa⁷⁶. Também vale este argumento para sociedades tendo cônjuges como sócios⁷⁷.

(3) Fraude à execução

Quando o ato lesivo é praticado pelo devedor na iminência da penhora, onde resta latente a intenção de causar prejuízos pela insolvabilidade provocada, fala-se em fraude à execução. Também aqui reconhece a jurisprudência brasileira a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica⁷⁸. Interessante neste contexto o entendimento da justiça alemã, no sentido de que o patrimônio da sociedade fica exclusivamente reservado

⁷¹ TJ-MT (2a. Câ. Civ.), Ap. 9.342, de 11.10.1977, in: RT 511/199-202; TJ-SP (8a. Câ. Civ.), Al 129.407-1, de 25.4.1990, in: RT 657/86-88; TJ-PR (2a. Câ. Civ.), Al 11.498-9, de 5.11.1997, in: RT 749/422-424; TJ-SO (3a. Câ. Civ.), MS 073.343-4/9, de 3.3.1998, in: RT 754/271-274; TJ-SP (1a. Câ. Civ.), Ap. 22.671-4/7, de 6.3.1998, in: RT 753/216-219.

⁷² TA-SP (4a. Câ. Civ.), Al 478.115-00/3, de 18.2.1997, in: RT 740/357-359; TA (5a. Câ. Civ.), Ap. C/rev. 427.582-00/3, de 27.6.1995, in: RT 725/278-280.

⁷³ TA-SP (2a. Câ. Civ.), Al 375.087-0, de 19.6.1987, in: RT 620/122-123; TA-SP (2a. Câ. Civ.), Al 375.087-0, de 19.6.1987, in: JTACSP-RT 104/149-150; TA-SP (4a. Câ. Civ.), Al 368.700-8, de 5.3.1987, in: RT 621/126-127; TJ-PR (2a. Câ. Civ.) Ap. 529/90, de 18.4.1990, in: RT 675/160-162; TA-SP (4a. Câ. Civ.) Al 554.563/3, de 27.10.1993, in: RT 708/116-117; TJ-DF (5a. T.), Al 5.169/95, de 7.8.1995, in: RT 728/322-324; TJ-BA (2a. Câ. Civ.), Ap. 27702-3, de 27.8.1996, in: RT 736/315-319.

⁷⁴ TJ-SP (8a. Câ. Civ.), Al 129.407-1, de 25.4.1990, in: RT 657/86-88.

⁷⁵ TJ-MT (2a. Câ. Civ.), Ap. 9.342, de 11.10.1977, in: RT 511/199-202; TA (5a. Câ. Civ.), Ap. C/rev. 427.582-00/3, de 27.6.1995, in: RT 725/278-280.

⁷⁶ TJ-RS, Ac. de 8.5.1984, in: RT 592/172; TA-SP (1a. Câ. Civ.) Ac. de 25.6.1985, in: RT 599/133, citada por SALOMÃO FILHO, op. cit., p. 103. Sobre sociedade anônima unipessoal: TJ-SP (4a. Câ. Civ.), Ap. 201.018-1/1, de 7.4.1994, in: RT 719/103-104, em que a desconsideração da personalidade jurídica foi admitida.

⁷⁷ A admissibilidade deste tipo de sociedade foi por longo tempo discutida no Brasil. Conf. TA-SP (1a. Câ. Civ.), Ap. 35.462, de 4.11.1975, in: RT 484/149-151; há nova jurisprudência a respeito: TA-SP (9a. Câ. Civ.), Ap. 581.975-0, de 20.12.1994, in: RT 713/138-140.

⁷⁸ TA-SP (1a. Câ. Civ.), Ap. 373.757-1, de 18.5.1987, in: JTACSP-RT 104 (1987), 122-123; TA-SP (8a. Câ. Civ.), Ap. C/rev. 444.228-00/7, de 14.12.1995, in: RT 728/ 292-297.

a seus credores⁷⁹; a jurisprudência brasileira, em que pese aceitar semelhante entendimento, reconhece a possibilidade de uma “desconsideração inversa”, ou seja, em prejuízo da sociedade⁸⁰, em se tratando da discutida penhora de cotas de sociedade limitada⁸¹.

(4) Violação de lei ou contrato

A despeito de se invocar a desconsideração da personalidade jurídica nos casos vinculados à violação da lei ou do contrato / estatuto social, trata-se aqui em verdade de típico caso de imputação. Poucos são os casos cuja matéria refere-se ao Direito Privado; nesses casos os tribunais brasileiros limitam-se a responsabilizar apenas os sócios com posição dirigente, excluindo os demais⁸². Também as decisões envolvendo matéria tributária seguem esta mesma linha⁸³, desde que o capital social já esteja integralizado⁸⁴. Exige-se de qualquer sorte a prova inequívoca da violação da lei ou contrato ou, ainda, do excesso de mandato⁸⁵.

Considerações finais

Para finalizar uma última palavra acerca do novo Código Civil, a entrar em vigor em janeiro de 2003. Paira controvérsia relativamente ao fato de o novo Código disciplinar ou não a matéria. Isto porque a idéia inicial da redação do art. 50 era a de positivizar a princípio, o que não se verifica pela sua atual redação, transcrita anteriormente⁸⁶. Sequer menciona o citado artigo a existência de fraude para a afetação do patrimônio particular dos administradores ou sócios da empresa, o que, todavia, não impede, no caso concreto, a desconsideração da personalidade jurídica.

Vale enfatizar novamente que, tanto no ordenamento alemão como brasileiro, a despeito de suas peculiaridades, a doutrina da desconsideração da pessoa jurídica representa um aperfeiçoamento do instituto da pessoa jurídica e não a sua negação. Deve ser aplicada com cautela, mediante provas inequívocas de fraude e/ou de abuso de direito, e como exceção, sob pena de se deixar de incentivar a livre iniciativa e negar de plano o privilégio da autonomia patrimonial, principal atrativo da pessoa jurídica.

⁷⁹ BGH, NJW-RR 1990, 738.

⁸⁰ TA-SP (2a. Câ. Civ.), Ap. 9.247, de 11.4.1955, in: RT 238/393-395.

⁸¹ Sobre o tema ver ABRÃO, Penhora de Cotas de Sociedade de Responsabilidade Limitada, 3. ed., São Paulo 1996.

⁸² Por exemplo TJ-MT (2a. Câ. Civ.), Ap. 7.826, de 28.8.1973, in: RT 461/187-188.

⁸³ TA-SP (6a. Câ. Civ.), REO 206.476, de 15.10.1974, in: RT 480/126-127; TA-SP (1a. T.), AI 222.453, de 19.3.1976, in: Jurispr. Bras. 39 (1976), 294-295.

⁸⁴ TA-SP (7a. Câ. Civ.), AI 197.784-8, de 12.9.1986, in: RT 613/159; TJ-SP (9a. Câ. Civ.), Aps. 257.056-2/2 e 257.057-2/7, de 18.5.1995, in: RT 718/136-137.

⁸⁵ Admitem a “desconsideração”: TA-SP (4a. Câ. Civ.) Agr. 153.815, de 10.2.1971, in: RT 426/162-163; STF (2a. T.), RE 95.125-3, de 25.5.1982, in: RT 572/240-242; TJ-RS (1a. Câ. Civ.), Ap. 583.01857-7, de 8.5.1984, in: Rev. Forense 291 (1984), 286-289; STF (2a. T.), RE 115.652-0, de 4.3.1988, in: RT 631/261-262. Negam a “desconsideração”: TA-SP (6a. Câ. Civ.), REO 206.476, de 15.10.1974, in: RT 480/126-127; TA-RJ (4a. Câ. Civ.), Ap. 988.809, de 30.12.1977, in: Rev. Forense 270 (1978), 198-199; TJ-SC (1a. Câ. Civ.) Ap. 13.436, de 20.7.1978, in: Rev. Forense 271 (1978), 208-210; STF (2a. T.), RE 97.529-2, de 8.4.1983, in: RT 578/271-272; STJ (1a. T.), Resp. 27.769-6, de 9.12.1992, in: RT 696/247-249.

⁸⁶ Conf. COELHO, Fabio Ulhoa, op. cit., p. 53 e seg.

Do Casamento à União Estável: Aspectos Patrimoniais¹

Ester Lopes Peixoto
Mestranda em Direito Privado pela UFRGS

“O progresso jurídico parece estar na cisão e
continua ressystematização das relações jurídicas
que se mostrem diversas.”

CLÓVIS DO COUTO E SILVA²

Sumário: Introdução. I. Casamento: Regime de Bens. A) Disciplina do regime de bens no Código Civil. B) O tratamento dispensado ao regime de bens no Projeto do novo Código Civil. II. União Estável: Reflexos Patrimoniais. A) O regramento da Lei n.º 8.971/94. B) A disciplina da união estável na Lei n.º 9.278/96. C) O tratamento dispensado à união estável no Projeto do novo Código Civil. Conclusão. Bibliografia.

¹ O presente ensaio foi apresentado na disciplina de Temas de Direito de Família, do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a orientação da Prof.ª Dr.ª Cláudia Lima Marques, no 2.º Semestre de 2001.

² Direito Patrimonial de Família no Projeto de Código Civil Brasileiro e no Direito Português. *Revista dos Tribunais*, v. 520, p. 15.

Introdução

São incontáveis as transformações sócio-culturais que vêm sendo vivenciadas pela família nas últimas duas décadas³ as quais espelham uma sobreposição dos fatos às normas e despontam como sinais de transformação do porvir⁴.

Com efeito, já não mais se mostrava suficiente⁵ a concepção de família estampada pelo Código Civil⁶ fincada no “liame estabelecido entre legitimidade e casamento, estatuinto um ‘desvalor’ às relações não-matrimonializadas”⁷. Assim, as manifestações da doutrina e jurisprudência⁸ que palmilhando por trilhas incertas buscavam através de construções oferecer uma justa interpretação do Direito.

³ Neste sentido, as observações de Sérgio Gischkow PEREIRA: “São ambos os pais forçados a trabalhar fora do lar, da mesma forma que os filhos, visando a aumentar a renda familiar, em função das crises econômico-financeiras do capitalismo e da absoluta miséria que assola as grandes massas populacionais; é a pobreza produzindo a tensão no ambiente familiar, a violência, o alcoolismo, a saída para as ruas dos menores, desde a mais tenra idade, a vida sem perspectivas de realização, o esmagamento de todas as potencialidades humanas; é a necessidade de crescimento do grupo familiar, quando abalado pela carência material, como forma de reforço dos ingressos monetários e de diversas outras maneiras de sustentação; é a fragmentação da solidez moral vitoriana, em um mundo no qual as estruturas de referência desabam, sob uma crítica científica e filosófica implacáveis no desmascaramento dos mitos, das superstições, das ilusões e das certezas, buscando a construção de um mundo novo, alicerçado no conhecimento não deturpado das qualidades e limitações do homem; é a velocidade fantástica das mudanças em todos os setores da vida, terminando com a placidez das convicções não erigidas sobre o aprofundamento analítico; é, no campo da ciência, em especial, o desvelamento psicanalítico das opressões e pressões familiares; é a tendência de todos os seres humanos a pelo caminho da liberdade, atingirem o bem-estar, a igualdade, o respeito incondicional à dignidade, a realização de seus potenciais (...)”. “Tendências modernas no direito de família”. *Revista Ajuris*, v. 42, p. 83-4.

⁴ Acentua Luiz Edson FACHIN que: “A releitura de estatutos fundamentais do Direito Privado é útil e necessária para compreender a crise e a superação do sistema clássico que se projetou para o contrato, a família e o patrimônio.” “Direito Civil Contemporâneo”. *Revista Consulex*, n.º 18, Jun/98, p. 32-4.

⁵ Neste sentido, Cláudia Lima MARQUES, Maria Cláudia CACHAPUZ e Ana Paula da Silva VITÓRIA. comentando sobre os desafios dos “chamados tempos pós-modernos” apontam para “insuficiência do modelo familiar tradicional, modelo patriarcal do direito civil moderno, o que leva a evolução dos conceitos, à maior maleabilidade na jurisprudência, nos valores e visões por ela consolidados, seja ideológica, seja discursivamente.” “Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno?” *Revista dos Tribunais*, v. 764, p. 13.

⁶ Silvio RODRIGUES em precioso estudo, ressalta a importância do casamento e da família tradicional no Código Civil: “O livro de Direito de Família do C.C. dedica 149 de seus 304 artigos ao casamento (...)” Em outra passagem refere: “(...) o casamento era o elemento estrutural no Direito de Família no Brasil, na forma por que o disciplinou o Código de 1916.” Prossegue o autor: “A família de que cuida o legislador de 1916 é a tradicional, inspirada no privilégio da varonia (...)” “Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos”. In *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, 1993, p. 241.

⁷ Luiz Edson FACHIN. “Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 94-113.

⁸ A propósito, menciona Luiz Edson FACHIN. “(...) O Supremo Tribunal Federal, da década de 50 até o início da apreciação dessas matérias pelo Superior Tribunal de Justiça, construiu, sem embargo de algumas sistoles e diástoles, um conjunto de preceitos jurisprudenciais que promoveu uma atualização e uma adaptação e, em casos expressivos, levou em conta princípios outros que não aqueles que veiculavam as regras positivadas do Código Civil. Daí porque, no transcurso do Código, na Constituição de 1988, há nesse País um papel decisivo da jurisprudência, de algumas leis infraconstitucionais (...) e também da doutrina. “Projeto do Código Civil”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários – CEJ*, n.º 9, Dez/99, p. 18. A par disso, o próprio enunciado da Súmula 380 do STF exemplifica o que ora se está a afirmar.

Tal contexto⁹, impulsionou as mudanças implantadas com o advento da Constituição Federal de 1988, a qual assimilando a realidade fática¹⁰ existente concebeu um novo paradigma de família¹¹, inspirado numa “dimensão sociológica e plural das entidades familiares”.^{12 e 13}

Como acentua SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA: “o direito de família evolui para um estágio em que as relações familiares se impregnem de autenticidade, sinceridade, amor, compreensão, diálogo, paridade, realidade.”¹⁴

Privilegia-se, assim, o aspecto interno - a afetividade¹⁵ - das relações familiares¹⁶ que se alicerçam em valores autênticos. Neste sentido, destaca ERIK JAYME¹⁷ o “retorno dos sentimentos” como um dos valores da pós-modernidade¹⁸.

⁹ Como percebe Orlando GOMES estas mudanças acabaram por repercutir na própria “*ratio do matrimônio*” desmistificando o modelo de família desenhado pelo Código Civil. *Direito de Família*, 9.^a ed. Rio de Janeiro: Forense. 1996. p. 16.

¹⁰ Veja-se, a propósito retrospecto histórico sobre as origens da família e do concubinato feito por Antônio Carlos Mathias COLTRO. “A União Estável: um conceito?” *In Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3, (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996. p. 19-27.

¹¹ Neste sentido, acentua Gustavo José Mendes TEPEDINO que: “A Constituição desloca a prioridade, antes atribuída ao casamento, para a dignidade de cada um dos familiares. A unidade institucional, formada pelo casamento (cuja importância sobrepuja-se às pessoas), dá lugar à unidade da família, agora considerada em função da plena realização de seus membros.” “Qual a Lei para a Nova Família?” *In Revista Jurídica*, Dez/1999, n.º 7, p. 24.

¹² Luiz Edson FACHIN. “Projeto do Código Civil”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários – CEJ*, n.º 9, Dez/99, p. 19.

¹³ O mesmo autor em outro trabalho acentua: “A família não é mais uma única definição. (...) Ela se torna plural.” A seguir acrescenta: “Proclama-se a concepção eudemonista da família: não é mais o indivíduo que existe para a família e para o casamento, mas a família e o casamento existem para o seu desenvolvimento pessoal, em busca de sua aspiração à felicidade.” Luiz Edson FACHIN. “A desinstitucionalização do modelo familiar: possibilidades e paradoxos sob o neoliberalismo”. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n.º 12, p. 13-8, jul-dez/99, p. 16-7.

¹⁴ *Ob. cit.* p. 52.

¹⁵ Como ensina Eduardo CAMBI: “A *affectio* deve ser a única *ratio* das uniões matrimoniais, não sendo papel da família a promoção do bem-estar de seus membros, com respeito à esfera individual de cada um.” “Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do Direito de Família”. *In Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. (Coord.) Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Eduardo Oliveira LEITE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 133.

¹⁶ É o chamado “fenômeno da repersonalização” ou “personificação”, veja-se sobre o assunto: Paulo Luiz Netto LÔBO. “A repersonalização das relações de família”. *In O Direito de Família e a Constituição de 1988*. (Coord.) BITTAR, Carlos Alberto. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 53-81; e Eduardo CAMBI. “Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do Direito de Família”. *In Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 125-87.

¹⁷ Erik JAYME. “Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado”. *Revista dos Tribunais*, v. 759. p. 29.

¹⁸ Sobre o tema veja-se Jean-François LYOTARD. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 5.^a ed., Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1998.

Nesta esteira, LUIZ EDSON FACHIN lembra que “uma das maiores conquistas do final deste século foi precisamente o respeito ao que somos, à diferença, porque da convivência entre os diferentes, da harmonia na adversidade é que pode emergir a perspectiva de uma relação familiar justa, afetiva e, por via de consequência, de uma sociedade justa que também valoriza as relações afetivas.”¹⁹

A Constituição Federal de 1988²⁰ permitiu, então, uma nova leitura do direito de família ao reconhecer que paralelamente à família legítima, constituída pelo casamento, regulada pelo Código Civil, está a união estável²¹ – como expressão da realidade humana - a qual elevou à categoria de entidade familiar.^{22 e 23}

O § 3.º do art. 226 da Constituição Federal²⁴, todavia, não se preocupou em conceituar o novo instituto, porém impôs como exigência para configuração da união

¹⁹ Luiz Edson FACHIN. “Projeto do Código Civil”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários – CEJ*, n.º 9, Dez/99, p. 19.

²⁰ Veja-se a respeito, Antônio Carlos Mathias COLTRO. “A Constituição Federal e a União Estável entre Homem e Mulher”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 1, (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 42-56.

²¹ Eduardo Oliveira LEITE critica a expressão ao referir: “O concubinato mereceu consagração constitucional, sob a denominação equivocada de ‘união estável’ (como se o casamento ‘legítimo’ não fosse também uma ‘união estável’). Melhor seria que o constituinte tivesse se referido à ‘união livre’ (sem impedimentos matrimoniais, portanto).” “O concubinato frente à nova Constituição hesitações e incertezas”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 1, (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 97.

²² Neste sentido, assinala Eroulths Cortiano JUNIOR que: “Essa nova tábua valorativa faz com que a ordem jurídico-constitucional, dando azo às modificações das estruturas sociais a que respeita o direito de família, reconheça as *entidades familiares* como centro da tutela jurídica. “O Direito de Família no Projeto do Código Civil”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. (Coord.) Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Eduardo Oliveira LEITE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 232.

²³ Atento a essas transformações o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por suas Colendas Câmaras, passou a enquadrar o concubinato ou, melhor, a união estável na regramento familiar excluindo, assim, o tratamento que vinculava estas relações às sociedades de fato. Neste sentido: AC 590088969, 8.ª Câmara Cível, Rel. Clarindo Favretto, j. em 02.05.91; AC 591056239, 8.ª Câmara Cível, Rel. Clarindo Favretto, j. em 03.10.31; AC 594086415, 8.ª Câmara Cível, Rel. Leo Afonso Einloft Pereira, j. em 29.09.94. Anoto que, aqui, o recuo no tempo quanto à pesquisa jurisprudencial é intencional.

²⁴ A redação do dispositivo é a seguinte: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3.º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

estável a diferença de sexos²⁵ Passados mais de 10 anos da edição da Carta Constitucional poder-se-ia, até mesmo, cogitar da constitucionalidade deste requisito, uma vez que são notórias uniões homossexuais na sociedade atual. Tal fato, aliás, tem sido objeto de investigações e estudos. Assim, Maria Berenice DIAS.

“União Homossexual – Aspectos sociais e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.º 4, p. 5-14; Luiz Edson FACHIN.

“Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo”. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 47-54.

Entretanto, a jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça, com pequenas oscilações, ainda tende a considerar como indispensável tal requisito é o que se infere das ementas que se seguem:

“Agravado de instrumento. O relacionamento homossexual não está amparado pela Lei 8.971, de 21 de dezembro de 1994, e Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, o que impede a concessão de alimentos para uma das partes, pois o envolvimento amoroso de

²⁵ Passados mais de 10 anos da edição da Carta Constitucional poder-se-ia, até mesmo, cogitar da constitucionalidade deste requisito, uma vez que são notórias uniões homossexuais na sociedade atual. Tal fato, aliás, tem sido objeto de investigações e estudos. Assim, Maria Berenice DIAS. “União Homossexual – Aspectos sociais e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.º 4, p. 5-14; Luiz Edson FACHIN. “Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo”. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 47-54.

Entretanto, a jurisprudência do nosso Tribunal de Justiça, com pequenas oscilações, ainda tende a considerar como indispensável tal requisito é o que se infere das ementas que se seguem:

“Agravado de instrumento. O relacionamento homossexual não está amparado pela Lei 8.971, de 21 de dezembro de 1994, e Lei 9.278, de 10 de maio de 1996, o que impede a concessão de alimentos para uma das partes, pois o envolvimento amoroso de duas mulheres não se constitui união estável, e semelhante convivência traduz uma sociedade de fato. Voto vencido.” (Agravado de Instrumento n.º 7000535542, 8.ª Câmara Cível, Rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. em 13.04.2000)

“Apelação. Relacionamento homossexual. Inexistência de união estável. Impossibilidade do sobrevivente se beneficiar da herança do falecido nos termos do artigo 2.º, inciso III, da Lei 8.971/94. O relacionamento homossexual de dois homens, não se constitui em união estável para os efeitos do par. 3.º, do artigo 226, da Constituição Federal e Leis 8.971/94 e 9.278/96. A união estável para ser reconhecida como entidade familiar, exige a convivência duradoura, pública e contínua de um homem e uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família, inclusive com a possibilidade de sua conversão em casamento. As outras espécies de uniões informais, que não se encaixam na noção de companheirismo, inclusive entre pessoas do mesmo sexo, estão abrangidas pela Súmula 380, do Supremo Tribunal Federal.” (Apelação Cível n.º 599348562, 8.ª Câmara Cível, Rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. em 11.10.2001)

“União homossexual. Reconhecimento. Partilha do patrimônio. Meação paradigma. Não se permite mais o farisaísmo de desconhecer a existência de uniões entre pessoas do mesmo sexo e a produção de efeitos jurídicos derivados dessas relações homoafetivas. Embora permeadas de preconceitos, são realidades que o judiciário não pode ignorar, mesmo em sua natural atividade retardatária. Nelas remanescem conseqüências semelhantes as que vigoram nas relações de afeto, buscando-se sempre a aplicação da analogia e dos princípios gerais do direito, relevando sempre os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Desta forma, o patrimônio havido na constância do relacionamento deve ser partilhado como na união estável, paradigma supletivo onde se debruça a melhor hermenêutica. Apelação provida, em parte, por maioria, para assegurar a divisão do acervo entre os parceiros.” (Apelação Cível n.º 70001388982, 7.ª Câmara Cível, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 14.03.2001)

duas mulheres não se constitui união estável, e semelhante convivência traduz uma sociedade de fato. Voto vencido.” (Agravo de Instrumento n.º 7000535542, 8.ª Câmara Cível, Rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. em 13.04.2000).

Embora, o delineamento final da união estável fosse traçado pela legislação infraconstitucional os parâmetros apontados pela nova Carta serviram de amparo à jurisprudência, possibilitando a aplicação do regime ali consubstanciado.

Neste contexto, surgiu a Lei n.º 8.971/94 a qual seguiu-se a Lei n.º 9.278/96, ambas disciplinadoras de aspectos relativos à união estável e seus reflexos.

É com base nestes novos contornos impostos às relações familiares que pretendemos analisar os efeitos decorrentes do regime de bens escolhido no casamento (I) e, bem assim, os aspectos patrimoniais surgidos em face da convivência na união estável (II).

I. CASAMENTO: REGIME DE BENS

A eleição do regime de bens e as conseqüências que tal escolha irá representar na vida dos nubentes é, sem dúvida, tema de altíssima importância. Isto porque, a par de ser imutável^{26 e 27} o regime de bens irá disciplinar o aspecto patrimonial²⁸ que envolve a “comunhão” de interesses no matrimônio.

Essa peculiaridade autoriza, inclusive, que em determinadas circunstâncias o próprio legislador se sobreponha à vontade dos nubentes, determinando o regime a ser adotado é o que ocorre, por exemplo, quando a lei impõe como obrigatório o regime da separação de bens.²⁹

A análise dos diferentes regimes de bens que se procederá a seguir, leva em consideração dois aspectos: o regime constante no Código Civil (A) e o tratamento dispensado ao regime de bens no Projeto do novo Código Civil (B).

A) Disciplina do regime de bens no Código Civil

²⁶ Há quem, como Orlando GOMES, questione a validade de tal imposição sugerindo a possibilidade de mutabilidade do regime matrimonial, observadas determinadas exigências, por forma a evitar os abusos e resguardar os interesses de terceiros. *Ob. cit.* p. 166.

²⁷ Exceção a esta regra vem contemplada no § 5.º do art. 7.º da LICC que permite ao estrangeiro casado que se naturalizar brasileiro, adotar o regime da comunhão parcial de bens alterando, assim, o anterior regime.

²⁸ Na lição de Orlando GOMES, “Regime matrimonial é o conjunto de regras aplicáveis à sociedade conjugal considerada sob o aspecto dos seus interesses patrimoniais. Em síntese, o estatuto patrimonial dos cônjuges.” *Ob. cit.*, p. 165.

²⁹ Esta previsão vem estampada no parágrafo único do art. 258, C. Civil.

No sistema atual, os regimes de bens classificam-se em dois tipos³⁰: regimes comunitários e regimes não-comunitários. Os primeiros, são representados pela comunhão universal e pela comunhão parcial, nas suas diferentes modalidades, ao passo que, nos segundos incluem-se a separação absoluta e o regime dotal.

Antes de passarmos ao exame das diversas espécies, convém lembrar os princípios que orientam a disciplina do regime de bens, são eles: a) variedade dos regimes; b) liberdade dos pactos antenupciais; e c) imutabilidade do regime adotado.³¹

Cumprido, também, observar que além dos regimes específicos, admite o legislador que as partes convençionem regime diverso, mediante estipulação em pacto antenupcial³². Assim, podem os nubentes em não desejando se submeter ao regime legal adotar, mediante convenção solene, qualquer outro dos regimes previstos em lei ou, ainda, estipular regime misto oriundo da combinação daqueles já existentes, observadas as restrições legais.^{33 e 34}

A validade do pacto sujeita-se a observância de dois requisitos: pública forma e efetiva celebração do casamento.³⁵

Feitas estas observações, passamos a examinar os regimes matrimoniais em espécie³⁶. O Código Civil cuida da matéria na Parte Especial, Livro I – Do Direito de Família, Título III – Do Regime dos Bens entre os Cônjuges, artigos 256 a 314.

a) Regime da Comunhão Parcial ou Limitada

³⁰ A classificação foi recolhida em Orlando GOMES, *Ob. cit.*, p. 169.

³¹ Assim, Orlando GOMES, *Ob. cit.*, p. 165.

³² Orlando GOMES o define como sendo a: “convenção solene na qual os nubentes declaram adotar um dos regimes definidos na lei ou estipulam regime misto.” *Ob. cit.*, p. 169.

³³ Inobstante o texto original apresentado, permitiu-se, posteriormente, um avanço quanto à pesquisa de jurisprudência, visando a realçar as tendências aqui expostas.

³⁴ A propósito da imutabilidade do regime de bens e da necessidade de observância das formalidades relativas ao pacto antenupcial, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar a Apelação Cível n.º 70001865849, 7.ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, j. em 21.02.2001, assim ementada:

“Pedido de alvará judicial. Autorização para lavrar escritura pública de *pacto antenupcial* com efeito retroativo. Impossibilidade jurídica. Não tendo havido *pacto antenupcial*, o regime de bens do casamento era o da comunhão parcial (art. 258, CCB) e esse regime é *imutável e irrevogável* (art. 231, CCB), não podendo ser alterado, agora, pela pretendida escritura pública. É nula a convenção acerca do regime de bens, quando não constar de escritura pública (art. 356, inc. I, CCB). Existe mero erro material na certidão de casamento já que, onde consta regime comunhão universal, deveria constar regime da comunhão parcial. Recurso desprovido.” (Grifamos)

³⁵ Veja-se, entre outros, Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 9.ª ed., 1994, p. 117.

³⁶ As observações que seguem serão traçadas de modo genérico e visam a realçar os principais aspectos do regime examinado, situando o leitor no contexto e, bem assim, destacando os pontos relevantes para o presente estudo.

Nas palavras de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA: “O direito brasileiro disciplina como regime de comunhão parcial o que alguns civilistas antigos designavam como ‘separação’ (LAFAYETTE, MELO FREIRE, COELHO DA ROCHA) e mais adequadamente TEIXEIRA DE FREITAS denominava ‘regime misto’ (Consolidação, art. 88, nota 16), e que se pode simplesmente chamar de ‘comunhão de aqüestos’.”³⁷

O regime da comunhão parcial ganhou importância no nosso sistema a partir da edição da Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/77, art. 50) que o consagrou como regime legal³⁸ superando a hegemonia do regime da comunhão universal que até então ocupava esse lugar.

Assim, na falta de estipulação em contrário, prevalece o regime de comunhão parcial ou limitada, segundo o qual comunicam-se os bens adquiridos, a título oneroso, na constância do casamento (art. 271, C. Civil).

A restrição³⁹ a que os bens adquiridos a título gratuito, ainda que na constância do matrimônio, incluam-se na comunhão é o que a torna limitada apontando, também, para distinção em relação ao regime de comunhão universal.⁴⁰

O regime passa a vigorar a partir do momento em que o casamento é contraído validamente. Neste sentido, ORLANDO GOMES reproduzindo lição de PLANIOL e RIPERT acentua que: “O regime da comunhão parcial é tido como o que melhor realiza a idéia de colaboração ínsita aos regimes comunitários, pois a estabelece a partir do momento em que nasce a sociedade conjugal.”⁴¹

O regime da comunhão parcial caracteriza-se pela existência conjunta de três patrimônios distintos, a saber: a) patrimônio comum; b) patrimônio pessoal do marido; e c) patrimônio pessoal da mulher.⁴²

Em razão da coexistência desses três patrimônios distintos, ocorrendo a dissolução da sociedade conjugal pela morte de um dos cônjuges, os bens pessoais do cônjuge

³⁷ *Ob. cit.*, p. 125.

³⁸ João Andrades CARVALHO critica a expressão dizendo que “essa denominação pode levar à lógica depreensão de que os outros são regimes *ilegais*.” *Regime de bens*. Rio de Janeiro: Aide, 1996. p. 21. Contudo, entendemos mais oportuna a observação de Sílvio RODRIGUES segundo a qual: “O regime legal se opõe ao convencional, porque, enquanto o primeiro decorre da vontade dos nubentes, o segundo emerge da lei.” *Direito Civil*. vol. VI, 16.ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1989. p. 172.

³⁹ Veja-se o disposto no art. 269, C. Civil e, ainda, o art. 170 do mesmo diploma legal.

⁴⁰ Orlando GOMES. *Ob. cit.*, p. 175.

⁴¹ *Ob. cit.*, p. 177.

⁴² A classificação é recolhida em Orlando GOMES. *Ob. cit.* p. 176.

falecido serão entregues aos herdeiros. Ao passo que, na dissolução por separação judicial ou divórcio⁴³ a partilha incidirá apenas sobre os bens comuns.

Por força do art. 226, § 5.º, CF⁴⁴⁴⁴ O dispositivo tem a seguinte redação:

os bens comuns são administrados por ambos os cônjuges⁴⁵. A regra é que cada cônjuge administra o seu patrimônio pessoal. Na hipótese, de vir o marido administrar os bens pessoais da mulher age como seu representante.

Também não tem mais lugar, ante a isonomia determinada pelo mencionado dispositivo constitucional, a permanência da categoria de bens reservados⁴⁶ da mulher.⁴⁷

Com relação às dívidas tem-se que os cônjuges respondem, conjuntamente, pelas obrigações assumidas após o casamento⁴⁸, bem como, por aquelas contraídas por apenas um dos cônjuges com o consentimento do outro e, ainda, por aquelas que se destinam a atender os compromissos da vida familiar.⁴⁹

Por conseguinte, cada cônjuge responde, individualmente, pelas obrigações anteriores ao casamento, bem como, por aquelas decorrentes de atos ilícitos⁵⁰. Também,

⁴³ Ilustrativa, a propósito, é a manifestação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar a Apelação Cível n.º 598525079, 8.ª Câmara Cível, Rel. Alzir Felipe Schmitz, j. em 13.04.2000, assim ementada: “Apelação cível. Conversão de separação judicial em divórcio. Partilha de bens integrantes do patrimônio do casal. Julgamento *ultra petita*. Não ocorrência. Ante o regime de bens adotado (comunhão parcial) devem ser partilhados aqueles atribuídos na constância do casamento, se não demonstrado nos autos que obtidos com valores de que já era possuidor um dos cônjuges, quando do matrimônio. Assim como os bens, também as dívidas ou despesas, comprovadamente efetuadas em benefício do casal, devem ser partilhadas entre os divorciandos. Sendo amplo o pedido contido na inicial permitida a decisão nos termos em que posta a sentença. Apelos não-providos.” (Grifos no original)

⁴⁴ O dispositivo tem a seguinte redação: “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.(...)”§ 5.º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.”

⁴⁵ Confira-se Silvio RODRIGUES. *Ob. cit.*, p. 205.

⁴⁶ Neste sentido, a jurisprudência tem posições bem definidas (1) aplicando o instituto dos bens reservados nas situações anteriores ao advento da Carta Constitucional: AC 585044514, Rel. Sérgio Pilla da Silva, 5.ª Câmara Cível, TJRS, j. em 04.02.1986; AC 597112648, Rel. Eliseu Gomes Torres, 7.ª Câmara Cível, TJRS, j. em 20.08.1997; AC 597082775, Rel. Ivan Leomar Bruxel, 8.ª Câmara Cível, TJRS, j. em 23.10.1997; AC 599404100, Rel. Breno Moreira Mussi, 8.ª Câmara Cível, TJRS, j. em 14.10.99; e (2) reconhecendo que a igualdade imposta pelo texto constitucional impede se reconheça bens reservados em favor da mulher: AC 194158408, Rel. Juracy Vilela de Souza, 1.ª Câmara Cível, TARGS, j. em 20.09.1994; EI 594171696, Rel. Eliseu Gomes Torres, 4.º Grupo Cível, TJRS, j. em 09.06.1995; AC 597014562, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 7.ª Câmara Cível, TJRS, j. em 07.05.1997. Aqui, também, o recuo no tempo quanto à pesquisa é intencional.

⁴⁷ Veja-se, a propósito Paulo Luiz da Costa LÔBO. “Igualdade conjugal – direitos e deveres”. *Revista da Esmape*, v. 2, n.º 6, out/dez – 1997, p. 361-80.

⁴⁸ Art. 270, I, C. Civil, a *contrario sensu*.

⁴⁹ Orlando GOMES. *Ob. cit.*, p. 181.

⁵⁰ Art. 270, II, C. Civil.

responde exclusivamente o cônjuge pelas dívidas relacionadas a bens próprios e por aquelas contraídas sem a autorização do outro cônjuge que excedem os limites permitidos.

Demais dívidas contraídas por um dos cônjuges, na qualidade de administrador dos bens do casal, alcançam além dos bens comuns os particulares de cada cônjuge de acordo com o proveito que tenha havido.

Quanto à possibilidade de intervenção judicial⁵¹ entendemos que é admissível, apenas, quando um dos cônjuges se opuser, injustificadamente, à prática de ato que necessita de sua concorrência. Podendo, em caso tal, o juiz suprir a outorga.

b) Regime da Comunhão Universal

O regime da comunhão universal⁵², herança do direito luso, serviu por muitos anos⁵³ como regime legal. A opção explicava-se à época, considerados os valores que preponderavam na sociedade oitocentista.^{54 e 55}

Este regime caracteriza-se pela comunhão dos bens que cada cônjuge possuía ao casar e, bem assim, pela comunhão daqueles adquiridos após a celebração do casamento. Na sociedade conjugal, vigora o chamado estado de indivisão segundo o qual cada um dos cônjuges dispõe de metade ideal do patrimônio comum.⁵⁶

Para SILVIO RODRIGUES⁵⁷, o regime da comunhão universal assemelha-se a um condomínio uma vez que os patrimônios pessoais fundem-se em um único, passando ambos os cônjuges à condição de condômino em relação ao novo patrimônio.

⁵¹ Orlando GOMES, destaca além desta outra hipótese: "quando o marido não pode prestá-lo, sem que, no entanto, tenha perdido a condição de *cabeça do casal*". *Ob. cit.*, p. 187. Afastamos esta situação ante o preceito estatuído no §5.º, art. 226, CF.

⁵² Veja-se o disposto nos arts. 262 a 268, C. Civil.

⁵³ Desde a promulgação do Código Civil de 1916 até a edição da Lei do Divórcio, em 1977 que, como visto, no ponto substituí-o pelo regime da comunhão parcial.

⁵⁴ A este propósito, observa PONTES DE MIRANDA que o nosso Código Civil se constitui no "antepenúltimo Código do século passado". *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, p. 87.

⁵⁵ Neste sentido, a observação de Silvio RODRIGUES reportando-se ao quanto se encontrava expresso nas Ordenações do Reino que, no particular, assim dispunham: "Todos os casamentos feitos em nossos reinos e senhorios se entendem feitos por carta de ametade: salvo quando entre as partes outra coisa fôr acordada e contratada, porque então se guardará o que entre elas fôr contratado." *Ob. cit.*, p. 173.

⁵⁶ Assim, Orlando GOMES. *Ob. cit.*, p. 188.

⁵⁷ *Ob. cit.*, p. 190.

Diversa é a posição de ORLANDO GOMES, segundo o qual os cônjuges não são proprietários dos bens que integram o patrimônio comum, modo individualizado, mas, sim, do conjunto que compõe esse patrimônio. Daí afirmar: “Não se trata de condomínio propriamente dito, porquanto nenhum dos cônjuges pode dispor de sua parte nem exigir a divisão dos bens comuns. Tais bens são objeto de propriedade coletiva, a propriedade de mão comum dos alemães, cujos titulares são ambos os cônjuges.”⁵⁸

Neste sentido, também, a opinião de CLÓVIS DO COUTO E SILVA a qual nos filiamos, ao explicitar: “É que o regime de comunhão difere essencialmente do condomínio. Neste último há, no caso de pluralidade de proprietários sobre um mesmo bem, a divisão de quotas ideais. Essas quotas constituem, à sua vez, propriedade particular de cada um dos condôminos. Sucede, porém, que no regime de comunhão o mesmo fenômeno não se verifica, já que não se divide idealmente em quotas, suscetíveis de propriedade particular. Não havendo esse seccionamento do direito de propriedade particular, a legitimação de seus titulares é conjunta ou em mão comum.”⁵⁹

O regime da comunhão universal comporta, entretanto, algumas restrições que consistem na exclusão de determinados bens da comunhão, tais hipóteses vem estampadas no art. 263, C. Civil. Com efeito, não obstante a denominação atribuída ao regime percebe-se que, em verdade, trata-se de comunhão não integral.

Os princípios que orientam a comunhão universal são os seguintes: a) os bens que ingressam na sociedade conjugal ficam, de regra, subordinados à comunhão; b) os bens adquiridos individualmente por um dos cônjuges passam a integrar o acervo comum a partir da aquisição; c) cada um dos cônjuges possui metade ideal dos bens que compõem a sociedade conjugal, inobstante um deles nada contribua ou nada venha adquirir na constância do matrimônio⁶⁰.

A exemplo do que ocorre no regime da comunhão parcial, aqui, também, compete a ambos os cônjuges a administração dos bens comuns em razão do que preceitua o art. 226, § 5.º, CF.

No que se refere às dívidas a regra é a comunicabilidade. Neste sentido, alcançam até mesmo àquelas contraídas antes do casamento, desde tenham revertido em proveito comum dos cônjuges ou tenham sido contraídas para atender despesas com seus preparativos.⁶¹

⁵⁸ *Ob. cit.*, p. 189.

⁵⁹ Clóvis do COUTO E SILVA. “Direito Patrimonial de Família”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 1, p. 49.

⁶⁰ A classificação é feita por Orlando GOMES. *Ob. cit.*, p. 188.

⁶¹ Assim, Orlando GOMES. *Ob. cit.*, p. 190.

Não se comunicam⁶², contudo, aquelas decorrentes de ato ilícito, as que tenham origem em fiança prestada sem o consentimento do outro cônjuge e, ainda, as que configurem promessa ou constituição de dote feita, exclusivamente, por um dos cônjuges a filho comum, ou, ainda, em favor de filho seu.

No atual sistema, os bens comuns respondem pelas obrigações assumidas, apenas, por um dos cônjuges até o limite de sua meação.

Extingue-se o regime com a dissolução da sociedade conjugal: a) pela morte de um dos cônjuges; b) pela sentença anulatória do casamento; c) pela separação judicial e d) pelo divórcio.^{63 e 64}

Inobstante o término da comunhão, os bens permanecem indivisos até a realização da partilha.

c) Regime da Separação

Na lição de ORLANDO GOMES, “o regime da separação caracteriza-se pela incomunicabilidade dos bens presentes e futuros dos cônjuges”⁶⁵. Os patrimônios dos cônjuges não se comunicam, permanecendo cada qual com a propriedade, administração e disposição dos seus respectivos bens⁶⁶, responsabilizando-se individualmente pelas dívidas contraídas.

A estipulação do regime dá-se em razão de convenção em pacto antenupcial⁶⁷ ou em virtude da lei, hipótese em que constitui regime obrigatório na forma do quanto, entre nós, estabelece o parágrafo único do artigo 258, C. Civil.

⁶² O Art. 263 do C. Civil arrola uma a uma as hipóteses em que exclui-se a comunhão.

⁶³ Neste sentido, vale trazer à colação ementa de julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar a Apelação Cível n.º 70000530956, 7.ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando Vasconcellos Chaves, j. em 03.05.2000, onde se lê:

“Divórcio direto. *Comunhão universal*. Partilha. Bens adquiridos após a separação de fato não se comunicam. Aquisição de bens posteriormente à separação de fato não implica em comunicabilidade, mormente quando decorrentes de herança, ainda que o casamento seja pelo regime da comunhão universal. É orientação jurisprudencial pacífica hoje que a ruptura efetiva da vida em comum põe termo também ao regime de bens do casamento. Recurso desprovido. (Grifamos)

⁶⁴ Vide art. 2.º, Lei n.º 6.515, de 26.12.77.

⁶⁵ *Ob. cit.*, p. 193.

⁶⁶ Atente-se para o disposto no art. 276, C. Civil o qual não dispensa a outorga uxória para alienação dos bens imóveis.

⁶⁷ Neste sentido, vale transcrever ementa de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, correspondente à Apelação Cível n.º 70000908095, 7.ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 31.05.2000 onde se lê: “Divórcio. Regime de bens. *Pacto antenupcial de separação de bens*. O regime de bens eleito pelo casal quando da celebração das núpcias, é irrevogável, forte no art. 230, CC. Só integram o patrimônio a ser dividido aqueles bens adquiridos por ambos os cônjuges, por força do condomínio existente, e não do regime de bens. Assistência judiciária. Acolhido o pedido de assistência judiciária em sede de apelação, eis que não apreciado no curso da demanda, mesmo tendo sido postulado. Deram parcial provimento.” (Grifamos)

O regime da separação⁶⁸ divide-se⁶⁹ em: a) Separação pura – prescreve a incomunicabilidade de todos os bens presentes e futuros, corresponde à separação absoluta⁷⁰ que somente é aceita quando expressamente convencionada em pacto antenupcial. b) Separação limitada – é aquela que não alcança os bens adquiridos na constância do casamento. Assemelha-se, sob esta ótica, ao regime da comunhão parcial de bens (art. 259, C. Civil). A separação pura constitui exceção⁷¹, presumindo-se na ausência de disposição expressa que a separação é limitada, insere-se nesta modalidade a separação obrigatória de bens^{72 e 73}.

Pode-se destacar os seguintes efeitos decorrentes do regime de separação: a) cada cônjuge permanece com a propriedade plena dos bens que possui ao casar e daqueles adquiridos na constância do casamento; b) os bens são administrados por seus respectivos titulares; c) cada cônjuge pode dispor livremente dos bens móveis, necessitando da outorga do outro para alienação dos bens imóveis; d) cada cônjuge responde pelas dívidas assumidas; e) ambos os cônjuges devem contribuir para as despesas do casal.⁷⁴

⁶⁸ Sobre o assunto manifestou-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar a Apelação Cível n.º 598448843, 7.ª Câmara Cível, Rel.ª Maria Berenice Dias, j. em 22.11.2000, assim ementada: “Casamento. Regime de bens. Sub-rogação. Evidenciado que, quando do casamento pelo regime da separação de bens, o patrimônio pertencia exclusivamente à mulher, é de se reconhecer a sub-rogação nas transações imobiliárias ocorridas durante o período da vida em comum, tendo havido, inclusive, a redução do acervo. Apelo improvido.”

⁶⁹ A classificação é de Orlando GOMES. *Ob. cit.*, p. 193-5.

⁷⁰ A propósito, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar os Embargos Infringentes n.º 70000829952, 4.º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. Rui Portanova, j. em 10.11.2000, em cuja ementa se lê: “Regime de bens. *Separação total*. Comunicabilidade. Reserva nas sociedades por ações. As reservas de correção monetária do capital, são bens que não se comunicam quando se trata de casamento com separação total de bens. Acolheram.” (Grifamos)

⁷¹ Assim, João Andrades CARVALHO. *Ob. cit.*, p. 115.

⁷² Neste sentido, o enunciado da Súmula 377 do STF estabelece que: “No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.”

⁷³ A este respeito pronunciou-se o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar o Agravo de Instrumento n.º 70002510709, 7.ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 20.06.2001, assim ementado: “Sucessões. *Regime de separação obrigatória de bens*. Comunicação dos aqüestos. *Súmula 377, do STF*. Incidente, na espécie, a Súmula 377, do STF, que impõe, mesmo neste regime de bens, a comunicação dos aqüestos, sendo de destacar que este colegiado tem admitido que tal comunicação se dá independentemente de prova de contribuição. Havendo ou não testamento (e aqui não está em questão o testamento frise-se que nem sequer foi acostado a este recurso), importa definir a existência ou não de direito de meação sobre o bem. Isto pela singela razão de que meação não se confunde com direito hereditário. E, eventualmente reconhecida ela, por evidente o quinhão da agravante será bastante superior (pois resultante da soma da meação mais o direito sucessório) do que ocorreria na hipótese contrária. Sub-rogação. A eventual prova da aquisição de determinado bem por sub-rogação é apta a elidir a comunicação, uma vez que a justificativa da regra sumular repousa na evitação do enriquecimento sem origem lícita, o que fica afastado com a comprovação de que tal se deu com o produto da venda de bem pré-existente. A sub-rogação, entretanto, há que resultar extreme de dúvida, por constituir exceção, caso contrário a interpretação deve ser no sentido da regra de que ocorre a comunicação. Hipótese em que não ficou demonstrada a sub-rogação, por não haver equivalência de valores. Deram provimento.” (Grifamos)

⁷⁴ A classificação foi recolhida em Orlando GOMES. *Ob. cit.*, p. 194.

d) Regime dotal

O regime dotal⁷⁵ caracteriza-se, essencialmente, pela constituição do dote que corresponde aos bens que a mulher, ou alguém em seu favor, repassa ao marido quando da realização do casamento com a finalidade de auxiliar nas despesas do casal, mediante seus frutos e rendimentos, enquanto durar a sociedade conjugal.

Aponta-se como traço distintivo entre o regime dotal e o da separação de bens⁷⁶ o fato de, no primeiro, a destinação dos bens da mulher ter fim específico.

A opção pelo regime deve ser expressa em pacto antenupcial, consubstanciado em escritura pública, no qual restarão especificados os bens que compõem o dote (art. 278, C. Civil).

A constituição do dote⁷⁷ - que pode compreender um ou mais bens, desde que determinados - pode ser feita pela própria nubente, por seus ascendentes ou, ainda, por terceiros.^{78 e 79}

Os bens que compõem o dote estão cobertos pelo manto da inalienabilidade e incomunicabilidade⁸⁰. Distingue-se, então, no patrimônio da mulher, os bens dotais e os extradotais ou parafernais na dicção do Código (art. 310).

Aponta-se como peculiaridade desse regime o fato de os bens dotais, quando estipulado no pacto antenupcial, poderem conviver com outros bens submetidos a regime diverso. Assim, também, quando a constituição do dote for efetuada por terceiros, após a celebração do casamento permanece intacto o regime previamente estabelecido.

No regime dotal, admite-se a estipulação de cláusulas especiais dentre as quais destaca-se a de reversão (art. 283, C. Civil), segundo a qual uma vez dissolvida a sociedade conjugal, os bens que constituem o dote retornarão ao patrimônio do dotador. Entretanto, se assim não for estabelecido é obrigatória a restituição do dote à mulher

⁷⁵ A sua raríssima utilização permite que façamos uma abordagem sintética do tema que vem tratado em inúmeros dispositivos legais (arts. 278 a 310).

⁷⁶ Considerando que ambos, como visto ao início, incluem-se dentro dos regimes ditos não comunitários.

⁷⁷ Observado o disposto no art. 261, C. Civil.

⁷⁸ Vide arts. 279 e 280, C. Civil.

⁷⁹ Neste sentido, Caio Mário da Silva PEREIRA observa que: "Quando constituído pela nubente, pode abranger a totalidade ou parte de seus bens. Se oferecido por seus pais, é adiantamento de legítima; e pelos avós sujeita-se à colação quando a dotada lhes suceder. Constituído por terceiros, subordina-se às regras das doações com encargos, não respondendo o dotador pela evicção senão no caso de proceder ele de má-fé, ou ter havido estipulação expressa." *Ob. cit.*, p. 130-1.

⁸⁰ Orlando GOMES. *Ob. cit.*, p. 196.

ou à seus herdeiros por ocasião dissolução da sociedade conjugal, nos termos do que preceitua o art. 300, C. Civil.

O marido assume, em relação aos bens dotais, a condição de administrador. Assegura-se o direito à percepção dos frutos, bem como, a possibilidade de valer-se de ações judiciais, sempre que necessário.

São estes, em linhas gerais, os regimes matrimoniais de bens previstos no Código Civil. Resta-nos, agora, examinar as novidades trazidas pelo Projeto do novo Código Civil.

B) O tratamento dispensado ao regime de bens no Projeto do novo Código Civil

No que tange ao Direito de Família, o Projeto trilhou a orientação dada por CLÓVIS DO COUTO E SILVA⁸¹ e, partindo do mestre, não surpreende a visão inovadora que contempla. Exemplo disso, é a estrutura do Livro IV que trata do Direito de Família a qual difere substancialmente da atual.

O Código de 1916, como a maioria dos códigos, examina o Direito de Família de modo estanque⁸², mediante a análise dos diversos institutos que o compõem. O Projeto, a sua vez ousa, ao estruturar o Direito de Família levando em conta a distinção entre Direito de Família Pessoal e Patrimonial, atento a especificidade das relações jurídicas presentes em cada espécie.⁸³

CLÓVIS DO COUTO E SILVA, justifica sua opção ao aludir que: “A distinção entre Direito Pessoal e Patrimonial de Família provém do fato de o ordenamento jurídico não poder deixar de valorizar as relações dos partícipes da família, levando em conta seus atributos de personalidade e patrimonialidade já existentes na dimensão social.”⁸⁴

Prossegue afirmando: “Ao transpor para o ordenamento esses dados objetivos, distinguiu-se o Direito Pessoal do Direito Patrimonial, os dois conjuntos de relações básicas que formam o Direito de Família e que, apesar de sua diversidade, ou, talvez, por isso mesmo, se implicam dialeticamente.”⁸⁵

⁸¹ Miguel REALE. *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva. 1999. p. 2.

⁸² Neste sentido, Eduardo Silva da SILVA. “Projeto do Código Civil – A importância das Cláusulas Gerais na Regulação do Direito Pessoal e Patrimonial de Família”. *Revista da Faculdade de Direito UFRGS*, v. 15, p. 60.

⁸³ Assim, Clóvis do COUTO E SILVA. “Direito Patrimonial de Família no Projeto de Código Civil Brasileiro e no Direito Português”. *Revista dos Tribunais*, v. 520, p. 14.

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Ibidem.

Aponta-se, ainda, como traço distintivo do Projeto, no que se refere ao Direito Pessoal de Família, o emprego da técnica legislativa das cláusulas gerais⁸⁶, dentre as quais destaca-se a da comunhão plena de vida⁸⁷ que encabeça o art. 1.509.

Com efeito, interessa para o presente estudo os aspectos relativos ao Direito Patrimonial de Família⁸⁸ onde se insere a disciplina do regime de bens entre os cônjuges. Neste passo, permitimo-nos apontar as inovações e alterações constantes do Projeto de Código Civil.

O Projeto, mantém a irrevogabilidade do regime de bens (art. 1.667, § 1.º)⁸⁹. Entretanto, admite alteração parcial do regime mediante autorização judicial a pedido de ambos os cônjuges, ressalvado o interesse de terceiros (art. 1.667, § 2.º)⁹⁰.

Conserva, o Projeto, disposição que permite aos nubentes, antes da celebração do casamento, estipular quanto aos seus bens o que lhes for conveniente. Mantendo, assim, o pacto antenupcial.⁹¹

Permanece o regime da comunhão parcial de bens como regime legal, na ausência de estipulação em contrário⁹². O Projeto, conserva, também, os regimes da comunhão universal e da separação de bens, exclui, contudo, o regime dotal para inserir no ordenamento o regime de participação final nos aqüestos.

Mantém, ainda, a exigência da separação obrigatória nos casos elencados no art. 1.669: (I) das pessoas que contraírem casamento sem observância às causas suspensivas da sua celebração; (II) dos maiores de sessenta anos (aqui uma novidade pois o Projeto equipara, quanto a idade, homem e mulher, diversamente, do que previa o inc. II, parágrafo único, art. 258 do Código atual); e (III) dos que dependem de autorização judicial para casar.

⁸⁶ Veja-se Judith MARTINS-COSTA. "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico". *Revista de Informação Legislativa*, v. 112, p. 13-32.

⁸⁷ Confira-se Eduardo Silva da SILVA. *Ob. cit.*, p. 63-6.

⁸⁸ Como assevera Clóvis do COUTO E SILVA: "O conceito fundamental no Direito de Família Patrimonial é o de administração." Significa dizer que: "O 'pater familias' não tem sua atividade orientada em seu favor, pois, quando administra bens de seu filho, sua ação, obrigatoriamente, deve realizar-se em favor do administrado (...)". "Direito Patrimonial de Família no Projeto de Código Civil Brasileiro e no Direito Português". *Revista dos Tribunais*, v. 520, p. 16.

⁸⁹ Anoto que a numeração dos artigos arrolados é a constante da obra assinada por Juarez de OLIVEIRA e Antônio Cláudio da Costa MACHADO. *Novo Código Civil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

⁹⁰ Neste sentido, esclarece Clóvis do COUTO E SILVA: "(...) sendo marido e mulher capazes, como o são desde o advento da Lei n.º 4.121, de 1962, razão alguma parece existir para a manutenção do princípio da imodificabilidade dos regimes matrimoniais." "Direito Patrimonial de Família no Projeto de Código Civil Brasileiro e no Direito Português". *Revista dos Tribunais*, v. 520, p. 16-7.

⁹¹ Veja-se o art. 1.667, bem como, os arts. 1.681 a 1.685 do PCC.

⁹² Art. 1.668, PCC.

Suprimiu-se a obrigatoriedade da adoção deste regime para o órfão e menor cujos pais decaíram do pátrio poder.

O *caput* do artigo em referência⁹³ introduz alteração significativa ao prever a incomunicabilidade dos bens adquiridos na constância do casamento, quando o regime bens for o da separação obrigatória. Este dispositivo modifica a interpretação que até então a jurisprudência vinha emprestando ao tema, na esteira do enunciado da Súmula n.º 377 do Supremo Tribunal Federal.

É de se observar, ainda, que o Projeto excluiu a chamada separação limitada ou relativa ao não repetir a regra constante do art. 259 do C. Civil, sendo mais coerente com a opção eleita pelos nubentes.

O Projeto consagra no art. 1.670 o princípio da igualdade entre os cônjuges estabelecido pela Constituição Federal de 1988 (§ 5.º, art. 226), superando as inadequações da atual legislação infraconstitucional.

Quanto à administração dos bens, perduram algumas restrições⁹⁴ relativas ao poder de disposição sobre os bens imóveis; ao exercício do direito de ação quanto a tais bens; relativamente à prestação de fiança ou aval; e, ainda, quanto à doação graciosa de bens comuns ou que venham integrar a futura meação.

O art. 1.676 mantém a possibilidade de intervenção judicial para suprimento da outorga uxória.⁹⁵

Examinemos, agora, às disposições relativas aos regimes em espécie.

a) Regime da Comunhão Parcial

As disposições relacionadas ao regime da comunhão parcial de bens foram mantidas com algumas adequações, ajustando-se seus artigos à concepção de igualdade entre os cônjuges.

Neste sentido, o art. 1.686 estabelece que: “No regime da comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do matrimônio, com as exceções dos artigos seguintes.” Tem-se, portanto, uma disposição mais precisa que privilegia a regra da comunicabilidade, diversamente daquela prevista no atual Código onde a comunicabilidade derivava da exclusão.

⁹³ O dispositivo possui a seguinte redação: “Art. 1.669 – É obrigatório o regime da separação de bens no casamento, sem a comunhão dos aqüestos:” (...)

⁹⁴ Na forma do art. 1.675 exige-se o consentimento do outro cônjuge para prática de determinados atos.

⁹⁵ Veja-se, também, o disposto nos arts. 1.677 e 1.678, PCC.

Na seqüência, o art. 1.687 arrola os bens que são excluídos da comunhão repetindo, praticamente, as disposições do atuais artigos 269 e 270 do C. Civil, com a supressão dos incisos III e IV do art. 269, acrescentando que, também, ficam excluídos da comunhão os bens de uso pessoal, os livros e instrumentos de profissão⁹⁶; os proventos do trabalho pessoal de cada cônjuge; as pensões, meios-soldos, montepios e outras rendas similares⁹⁷. Note-se, ainda, que são excluídas as obrigações decorrentes de ato ilícito, desde que não tenham revertido em proveito do casal.

De sua vez, o art. 1.688 descreve os bens que ingressam na comunhão preservando o disposto no art. 271 do C. Civil, excluído o inc. VI. Aqui, uma alteração importante, pois não mais se incluem na comunhão os frutos civis do trabalho, ou indústria de cada cônjuge, ou de ambos, disposição que foi incorporada ao artigo antecedente.

Os artigos 1.689 e 1.690 reproduzem a regra constante nos artigos 272 e 273 do C. Civil.

O artigo 1.691, incorpora os ajustes a que nos referimos anteriormente, ao prescrever: “A administração do patrimônio comum compete a qualquer dos cônjuges.”

O § 1.º do art. 1.691, regula questão relativa às dívidas repetindo o que preceitua o art. 274, C. Civil ao considerar como critério para estabelecer a comunhão em relação aos bens particulares do outro cônjuge o proveito auferido.

Constitui novidade o § 2.º do art. 1.691 que determina a anuência de ambos os cônjuges para a prática de atos, a título gratuito, que constituam cessão de uso ou gozo dos bens comuns. Também o § 3.º deste mesmo dispositivo apresenta-se como inovação ao prever que em caso de malversação dos bens comuns poderá o juiz atribuir a administração destes bens a apenas um dos cônjuges.

Por sua vez, o art. 1.692 trata das obrigações assumidas pelos cônjuges com a finalidade de atender aos encargos da família, à despesas de administração dos bens e aquelas decorrentes de imposição legal, pelas quais respondem os bens do patrimônio comum.

O art. 1.693 disciplina a situação dos bens particulares que permanecem com o cônjuge proprietário, admitida convenção em contrário em pacto antenupcial.

⁹⁶ Esta disposição encontra similaridade com a atual redação do art. 263, IX, CC, que trata da comunhão universal e foi, praticamente, arrastada de lá para incorporar-se ao regime regra.

⁹⁷ Também, aqui, vale a observação feita na nota supra com a seguinte ressalva, substituiu-se o atual inc. I do art. 263, CC por regra equivalente.

Encerrando o capítulo, o art. 1.694 estabelece a incomunicabilidade das dívidas relativas aos bens particulares de cada cônjuge, contraída em favor destes, com os bens comuns.

b) Regime da Comunhão Universal

No que diz com o regime da comunhão universal de bens penso que o destaque vai para o número reduzido de dispositivos que tratam da matéria (cinco) o que explica-se pelo fato de não mais representar o regime-regra⁹⁸, examinemos mais de perto sua estrutura.

O art. 1.695 que inaugura o Capítulo IV que disciplina o regime da comunhão universal repete, praticamente, disposição constante no art. 262 do C. Civil.

O dispositivo seguinte⁹⁹ que trata dos bens excluídos da comunhão e tem como referência o art. 263, C. Civil apresenta algumas peculiaridades. A primeira delas é o fato de nada mencionar sobre as obrigações provenientes de atos ilícitos, pelo que entendemos deva-se aplicar o estabelecido para o título no regime da comunhão parcial, regime-regra segundo o Projeto.

No mais, repetem-se as disposições constantes dos atuais incisos II, III, VII e VIII do art. 263 do C. Civil. Excluem-se, todavia, àquelas previstas nos incisos IV, V, VI, IX, X, XI, XII e XIII do mencionado dispositivo, acrescentando que também ficam excluídos da comunhão os bens mencionados nos incisos V a VII do art. 1.687.

A seu turno, o art. 1.697 reedita o estatuído no art. 265 do C. Civil, quanto aos frutos. Assim, também sucede com o art. 1.699 que repisa regra posta no art. 268, C. Civil.

Por fim, o art. 1.698 faz remissão ao disposto no regime da comunhão parcial quanto à administração dos bens.

c) Regime de Participação Final nos Aquestos

A grande novidade quanto ao regime de bens no casamento fica por conta da inserção, no nosso ordenamento jurídico, do regime de participação final nos aquestos que passamos a analisar.

⁹⁸ A expressão é utilizada por Clóvis do COUTO E SILVA. "Direito Patrimonial de Família no Projeto de Código Civil Brasileiro e no Direito Português". *Revista dos Tribunais*, v. 520, p. 24-5, e "Direito Patrimonial de Família". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 1, p. 43-4.

⁹⁹ Referimo-nos ao art. 1.696, PCC.

CLÓVIS DO COUTO E SILVA, justifica sua opção ao expressar que o regime de participação final nos aqüestos é o que melhor espelha o princípio da igualdade dos cônjuges, daí tê-lo eleito como regime-regra o que, contudo, não foi acatado pelos demais membros da comissão.¹⁰⁰

Em outro trabalho¹⁰¹ o mesmo autor define o regime dizendo: “O sistema constitui uma feliz combinação do regime da separação de bens com o da separação limitada. Caracteriza-se, assim, pelo fato de que durante o casamento cada cônjuge administra e dispõe dos bens que lhe são próprios anteriores e posteriores ao casamento; antes da dissolução do casamento, por divórcio ou sucessão, tudo se passa como se o regime fôsse de simples separação de bens. No momento da dissolução, verifica-se, por confronto dos bens adquiridos durante o casamento, se o montante obtido por cada cônjuge superou o do outro, atribuindo-se em dinheiro, por metade, essa diferença patrimonial a quem adquiriu menos.”

Este conceito vem expresso nos artigos 1.700 e 1.702 do Projeto. O art. 1.701 esclarece que o patrimônio pessoal de cada cônjuge é composto pelos bens que cada qual possuía ao casar, bem como por aqueles adquiridos, a qualquer título, durante o casamento.

O parágrafo único do artigo em referência¹⁰² disciplina que a administração dos bens pessoais será exercida, modo exclusivo, pelo cônjuge proprietário que poderá aliená-lo, independente do consenso do outro, se forem móveis.

De sua vez, o art. 1.703 estabelece que a apuração do montante dos aqüestos levará em conta, também, o valor das doações feitas por um dos cônjuges, sem a respectiva autorização do outro. Nesta hipótese, prevê a possibilidade de reivindicação do bem, por parte do cônjuge prejudicado, faculdade que se estende aos herdeiros. Admitindo-se, ainda, que o bem seja declarado no monte partilhável pelo seu valor equivalente à época da dissolução.

Na seqüência, o art. 1.704 esclarece que os bens alienados em detrimento da meação ingressam no monte, ausente reivindicação por parte do cônjuge prejudicado ou de seus herdeiros.

¹⁰⁰ COUTO E SILVA, Clóvis. “Direito Patrimonial de Família no Projeto de Código Civil Brasileiro e no Direito Português”. *Revista dos Tribunais*, v. 520, p. 24-5.

¹⁰¹ COUTO E SILVA, Clóvis. “Direito Patrimonial de Família”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 1, p. 45-6.

¹⁰² Art. 1.701, PCC.

O art. 1.705 determina que as dívidas contraídas, após o casamento, exclusivamente, por um dos cônjuges obrigam somente a este, exceto prova de que reverteram parcial ou totalmente em proveito do outro cônjuge.

O artigo seguinte¹⁰³, também, disciplina questão relativa às dívidas. O dispositivo cuida da possibilidade de que um dos cônjuges venha saldar dívida do outro com patrimônio próprio e estabelece que o valor do pagamento, atualizado, deverá ser imputado à meação do outro cônjuge na data da dissolução.

O art. 1.707 determina que cada cônjuge terá igual quota no condomínio ou no crédito estabelecido sobre os bens adquiridos com o trabalho conjunto.

De sua vez, o art. 1.708 exara a presunção de que os bens móveis, em face de terceiros, presumem-se integrantes do patrimônio do cônjuge devedor, ressalvada hipótese de que seja bem de uso pessoal do outro.

Já o art. 1.709 assenta regra de que a propriedade dos bens imóveis será aferida de acordo com a titularidade do registro.¹⁰⁴

Na seqüência o art. 1.710 determina a irrenunciabilidade, impenhorabilidade e impossibilidade de cessão do direito à meação, durante a vigência do regime matrimonial de bens.

O art. 1.711 prescreve que havendo dissolução do regime de bens por separação judicial, o montante dos aqüestos será apurado na data em que esta for requerida.

Dispõe o art. 1.712 acerca da impossibilidade ou inconveniência da divisão dos bens em face de sua natureza, neste caso, calcular-se-á o valor de alguns ou de todos, fins de que a reposição ao cônjuge não proprietário seja feita em dinheiro. Acaso, não se viabilize de tal modo a reposição os bens serão avaliados e, ouvido o juiz, alienados quantos bastem para tanto.¹⁰⁵

O art. 1.713 remete aos dispositivos antecedentes a apuração da meação, em caso de dissolução da sociedade conjugal por morte de um dos cônjuges.

Encerrando o capítulo estabelece o art. 1.714 que as dívidas contraídas por um dos cônjuges, ultrapassada sua meação, não obrigam ao outro cônjuge nem aos herdeiros.

¹⁰³ Art. 1.706, PCC.

¹⁰⁴ Atente-se para o que dispõe o parágrafo único desse artigo.

¹⁰⁵ É o que recomenda o parágrafo único do art. 1.712.

Por se constituir em novidade, o regime de participação final nos aqüestos tem sido alvo de comentários e críticas, ora favoráveis ora desfavoráveis, compartilhamos a opinião daqueles que vêem esta inovação de forma positiva.

Neste passo, considero que a inserção deste regime no Projeto possibilita a concretização do princípio da igualdade entre os cônjuges sob o seu aspecto patrimonial, especialmente, pelo fato de que em não se tratando de regime-regra deverá ser expressamente pactuado pelos nubentes.

d) Regime da Separação de Bens

Trata-se da separação convencional, estabelecida pelos nubentes em pacto antenupcial. A exemplo do que ocorre no atual sistema, no Projeto este regime vem sintetizado em dois únicos dispositivos legais.

O art. 1.715 praticamente repete regra contida no atual art. 276, C. Civil, porém o faz de forma mais ampla na medida em que estabelece que os cônjuges podem alienar, doar ou gravar de ônus real seus bens, móveis ou imóveis, independentemente, do consentimento do outro.

Arrematando, o art. 1.716 prescreve a obrigatoriedade de ambos os cônjuges contribuírem para as despesas do casal na proporção dos rendimentos de seu trabalho e de seus bens, ressalvado ajuste em contrário em pacto antenupcial.

Em apertada síntese, este o tratamento atribuído à disciplina do regime matrimonial de bens pelo Projeto do novo Código Civil. Cumpre, agora, analisarmos os reflexos patrimoniais decorrentes da convivência em união estável.

II. UNIÃO ESTÁVEL: REFLEXOS PATRIMONIAIS

Esta segunda parte do nosso estudo será dedicada a análise da união estável¹⁰⁶ e seus reflexos patrimoniais¹⁰⁷. Para tanto examinaremos a disciplina constante da Lei n.º 8.971/94 (A), bem como, a normatização imposta pela Lei n.º 9.278/96 (B) e, por fim, o tratamento dispensado ao tema no Projeto de Código Civil (C).¹⁰⁸

A) O regramento da Lei n.º 8.971/94

Após o advento da Carta Constitucional de 1988, preocupou-se o legislador em regulamentar as hipóteses ali contempladas no que respeita ao reconhecimento da união estável¹⁰⁹. Nesta esteira, surgiu a Lei n.º 8.971, de 29.12.1994 que regula o direito dos companheiros relativo aos alimentos e à sucessão, examinemos, pois, as disposições ali contidas.

O *caput* do art. 1.º assim preceitua: “A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva há mais de 5 (cinco) anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n.º 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade.”

¹⁰⁶ Acerca da evolução do instituto do concubinato, nominado pela Constituição Federal de união estável, veja-se precioso estudo de Alvaro Villaça AZEVEDO. “União Estável”. *Revista do Advogado*. São Paulo: AASP, 2000, n.º 58, p. 14-29. Veja-se, também, o apanhado elaborado por Gustavo TEPEDINO. “As uniões estáveis entre a Constituição e a recente legislação especial”. *Ensaio Jurídicos: O Direito em Revista*, v. 2, especialmente, p. 485-94, bem como, a análise de Carlos Alberto Menezes DIREITO. “Da União Estável”. In *O Direito na Década de 1990: novos aspectos*. Estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald. Coord. Paulo Dourado de GUSMÃO, p. 126-45, inserto na mesma obra texto de Semy GLANZ sob o título “União Estável”, p. 187-211 e, ainda, o artigo de Antônio Carlos Mathias COLTRO. “Novos aspectos relativos à união estável”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3, (Coord.), Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 19-44.

¹⁰⁷ Anoto que, em virtude das críticas e divergências surgidas em razão do advento das Leis n.ºs 8.971/94 e 9.278/96 o Ministério da Justiça houve por bem designar uma Comissão de Juristas presidida pelo Ministro Waldemar Zveiter, do Superior Tribunal de Justiça, coordenada e relatada pelo Prof. Arnold Wald sendo integrada, ainda, pelo Ministro Carlos Alberto Direito, também do Superior Tribunal de Justiça, dando origem ao Projeto de Lei n.º 2.686/96, em tramitação legislativa, conforme dá conta Antônio Carlos Mathias COLTRO. “A União Estável no Direito Projetado – o Código Civil”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. (Coord.) Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Eduardo Oliveira LEITE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 32.

¹⁰⁸ Embora não se desconheça as diferenças terminológicas constantes nestes dois diplomas legislativos, observadas por Luiz Edson FACHIN (“Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais p. 96-8) preferimos compreendê-las de modo abrangente, considerando seu objetivo maior que é o de regulamentar situações que não se enquadram na disciplina do casamento, mas se afeiçoam à união estável.

¹⁰⁹ Sobre o assunto veja-se Antônio Carlos Mathias COLTRO. “A União Estável: um conceito?” In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3, (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 19-44.

Através desta disposição reconhece-se, no dizer de ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, aos companheiros iguais direitos e deveres atribuídos aos cônjuges em relação aos alimentos.¹¹⁰

O dispositivo em foco estende aos companheiros à possibilidade de utilizarem do rito especial contemplado na Lei n.º 5.478/68 sabido, entretanto, que tal opção implica necessariamente na existência de “prova pré-constituída da obrigação alimentar”¹¹¹ o que torna indispensável a demonstração¹¹² da união estável.¹¹³

A comprovação mencionada, remete ao atendimento dos requisitos ali enumerados.¹¹⁴ Com efeito, estabelece o aludido dispositivo como requisitos indispensáveis ao reconhecimento do direito à percepção de alimentos para companheira ou companheiro¹¹⁵: (a) inexistência de impedimento para o casamento; e (b) convivência por período superior a 5 anos ou a existência de prole.¹¹⁶

O primeiro requisito, afasta a incidência da lei em comento nos relacionamentos surgidos durante a separação de fato, como acentua LUÍS ALBERTO D’AZEVEDO AURVILLE¹¹⁷. Todavia, como observa LUIZ EDSON FACHIN dita enumeração “não há de ser taxativa, em especial, levando-se em conta certas situações de separação de fato, provada e prolongada.”¹¹⁸

¹¹⁰ *Ob. cit.*, p. 21.

¹¹¹ Conforme esclarece Luiz Felipe Brasil SANTOS. “Breves notas sobre a Lei n.º 8.971/94”. *Revista Ajuris*, v. 63, p. 316-7.

¹¹² Lia Palazzo RODRIGUES sustenta a desnecessidade de prova da união estável para obtenção dos alimentos: “Revendo minha posição a respeito, penso que a união estável, quanto aos efeitos patrimoniais, produz as mesmas conseqüências do casamento celebrado pela comunhão parcial de bens: aqueles havidos durante a vigência da vida em comum devem ser partilhados por igual independentemente da prova da contribuição dos companheiros para sua aquisição.” “Algumas considerações a respeito da Lei 8.971”. *Revista Ajuris*, v. 63, p. 313.

¹¹³ Contudo, adverte Luiz Felipe Brasil SANTOS que esta demonstração acaba por afastar a sumariade da demanda o que de certa forma, inviabilizará a concessão de alimentos provisórios retirando, por assim dizer, o benefício que justificaria a opção por tal rito. *Ob. cit.*, p. 317.

¹¹⁴ Não é outra a opinião de Luiz Edson FACHIN. “Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 105-6.

¹¹⁵ Contemplado no Parágrafo Único do aludido dispositivo.

¹¹⁶ A estes requisitos Lia Palazzo RODRIGUES agrega o “elemento intencional”, ou seja, o “*animus* de viverem realmente como se fossem marido e mulher, envolvendo-se numa relação séria, com propósito de permanência, assistência mútua e fidelidade recíproca”. *Ob. cit.*, p. 309.

¹¹⁷ “A regulamentação infraconstitucional dos alimentos na união estável”. *Revista Ajuris*, v. 64, p. 247.

¹¹⁸ “Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 105.

Quanto ao segundo requisito, saliente-se que a simples existência de prole não é suficiente para caracterizar a união estável e com isto, possibilitar o exercício do direito alimentar. Tal requisito, não pode se afastar do espírito do legislador que buscou imprimir um caráter de “estabilidade ao relacionamento”¹¹⁹ para daí extrair os aludidos efeitos jurídicos.

No que diz com o lapso temporal de 5 anos exigido pelo legislador, inexistente prole. Há manifestações doutrinárias que defendem que este prazo deve ser tomado com certo temperamento, observando a situação concreta posta em causa.¹²⁰

Compreendemos a preocupação, mas ao nosso ver tais considerações não de ser feitas pela jurisprudência ao apreciar o caso concreto o que não afasta a presença do requisito temporal apontado que em si visa resguardar o direito aos alimentos a quem, efetivamente, mantinha um convívio estável¹²¹.

Acrescem-se a esses pressupostos a ausência de constituição de nova união e a comprovação da necessidade dos alimentos, repetindo a exigência prevista no art. 399 do C. Civil da qual não se pode afastar a regra do art. 400 do mesmo diploma legal que prevê que os alimentos serão prestados de acordo com as possibilidades do alimentante.

Outro aspecto que emerge do dispositivo em foco diz respeito a perquirição ou não da culpa, para fins de obtenção dos alimentos. Há diferentes opiniões sobre o tema, alguns sustentam a impossibilidade de “o convivente culpado da rescisão do contrato concubinário, seja escrito ou não, possa pleitear alimentos do inocente”¹²².

¹¹⁹ Assim, Luiz Edson FACHIN. “Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. *In Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 106.

¹²⁰ Neste sentido, Lia Palazzo RODRIGUES afirma: “(...) caracterizada a vida *more uxorio*, mesmo antes de transcorrido o prazo legal de cinco anos, e mesmo sem a existência de prole, impõe-se a partilha dos bens adquiridos durante a constância do companheirismo, independentemente de qualquer outra comprovação que não a existência da união estável”. *Ob. cit.*, p. 313. Na mesma esteira, Antônio Carlos Mathias COLTRO sustenta que: “(...) não se pode considerar o aspecto tempo da união como absolutamente necessário à verificação sobre seus efeitos, cuidando-se de aspecto a ser examinado em cada caso e consoante as peculiaridades que apresentar. “A União Estável: um conceito?” *In Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3, (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 35. Em sentido contrário, Álvaro Villaça AZEVEDO defende que: “(...) entre os conviventes, esse direito-dever alimentar surge, tão-somente, após o decurso do prazo de cinco anos ou o nascimento de filho.” *Ob. cit.*, p. 21.

¹²¹ Confira-se, a propósito, manifestação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar a Apelação Cível n.º 70001137777, 7.ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 28.06.2000, assim ementada: “União estável. Inocorrência de coabitação. Prova. Identidade física do juiz. Nulidade. Inocorrência. 1. A nulidade do *decisum*, por violação ao disposto no artigo 132 do CPC, reclama demonstração cabal do prejuízo para a parte que arguiu. 2. O relacionamento íntimo sem coabitação e sem a *affectio maritalis*, não configura união estável nem produz as seqüelas de ordem patrimonial albergada pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96. Rejeitaram a prefacial. Negaram provimento ao recurso.”

¹²² Álvaro Villaça AZEVEDO, *Ob. cit.*, p. 21.

Outros¹²³, contudo, afixam que o dispositivo em análise não cogita da presença ou não de culpa dispensando qualquer exame sobre a culpabilidade para os efeitos ali explicitados. Esta, parece-nos a posição mais acertada.

Na seqüência, o art. 2.º regula o direito à sucessão nos termos previstos nos seus três incisos. Os incisos I e II estabelecem, em favor do companheiro sobrevivente, o direito ao usufruto dos bens do falecido o qual poderá ser de quarta parte ou metade, tendo em vista a existência ou não de filhos.

Estes dois incisos¹²⁴ repetem a regra contida no § 1.º do art. 1.611, C. Civil o qual faz a mesma previsão em relação ao cônjuge sobrevivente, desde que o regime de bens não seja o da comunhão universal.

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO tece veemente crítica a este dispositivo: “Entendo não conveniente essa reafirmação, para os conviventes, do aludido direito a usufruto, pois, na prática, ele estorva o direito dos herdeiros. Melhor seria tornar o convivente sobrevivente herdeiro, adquirindo sua parte na herança concorrendo com os aludidos filhos (...).”¹²⁵

O inciso III do artigo 2.º estabelece que: “na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança.” Esta disposição traz importantes conseqüências ao reconhecer que o companheiro sobrevivente passa à condição de herdeiro.¹²⁶ Neste sentido, já decidiu o Tribunal de

¹²³ Assim, Sérgio Gischkow PEREIRA. “A União Estável e os Alimentos”. *Revista Ajuris*, v. 49, p. 47; Luiz Edson FACHIN, “Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 106-7; Luís Alberto d’Azevedo AURVALLE. *Ob. cit.*, p. 257; Lia Palazzo RODRIGUES, *Ob. cit.*, p. 313.

¹²⁴ Lia Palazzo RODRIGUES sustenta a inconstitucionalidade dos incisos I e II do artigo 2.º argumentando que “o legislador colocou os companheiros em situação mais vantajosa do que a dos cônjuges (...). O cônjuge sobrevivente só fará jus ao usufruto viual se o regime de bens do casamento for comunhão parcial (o que não é pacífico nem na doutrina nem na jurisprudência) ou a separação total. O companheiro sobrevivente sempre terá direito ao usufruto que a nova lei prevê.” Acreditamos, contudo, que a diversidade de tratamento não importa em inconstitucionalidade, posto que não se pode admitir em relação a união estável não se pode cogitar de comunhão universal de bens. Regime que beneficiava o cônjuge sobrevivente o que afastava a incidência da regra em tela.

¹²⁵ *Ob. cit.*, p. 21.

¹²⁶ Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar a Apelação Cível n.º 70001903293, 7.ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 21.03.2001, assim ementada: “Apelação cível. União estável. A prova carreada bem demonstra a convivência *more uxorio* havida entre a apelada e o falecido que se iniciou em julho de 1995 até o passamento deste, não tendo perdurado mais no tempo dado ao infortúnio ocorrido. Direito sucessório. Não tendo deixado o falecido descendentes ou ascendentes, a companheira herda, conforme dispõe a Lei n.º 8.971/94 (art. 2.º, inciso III). Desproveram o apelo.” Nesta esteira, o julgamento dos Embargos Infringentes n.º 70002891208, 4.º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 14.09.2001, em cuja ementa se lê: “Embargos infringentes. União estável. Reconhecimento. Direito da companheira sobrevivente à sucessão universal. Reconhecida a existência da união estável, a unanimidade, a companheira sobrevivente tem direito à totalidade da herança deixada pelo extinto, uma vez inexistentes herdeiros necessários. Aplicação do art. 2.º, III, da Lei n.º 8.971/94 que dispõe sobre o direito sucessório na união estável, o qual não foi revogado pela Lei n.º 9.278/96. Precedentes doutrinário e jurisprudencial. Embargos infringentes desacolhidos, por maioria.”

Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar a Apelação Cível n.º 70001903293, 7.ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 21.03.2001, assim ementada:

Com efeito, observado o regramento acima posto tem-se que ao companheiro sobrevivente alcança-se maior direito que ao cônjuge¹²⁷ em igual situação, na medida que este último pode ser excluído da herança, por vontade do cônjuge falecido o que não se dá em relação ao primeiro.¹²⁸

Por fim, a regra contida no inciso III¹²⁹ contempla o direito à meação sobre os bens adquiridos com esforço comum. O dispositivo requer a prova da colaboração do companheiro sobrevivente, contudo, mensurar o “grau dessa cooperação”, como observa LUIZ EDSON FACHIN¹³⁰ o que em certos casos pode dificultar a concretização deste direito, sabendo-se que a colaboração pode ser de cunho moral ou material.

Contudo, a meação deve se dar tão-somente sobre os bens adquiridos à título oneroso na constância da união.¹³¹

Estas, portanto, as disposições contidas na Lei n.º 8.971/94 a qual, como visto, não se preocupou em conceituar a união estável, limitando-se a elencar alguns requisitos que se justificam, apenas, para fins sucessórios e alimentares posto que, quanto ao mais, esta lei acabou sendo substituída pela Lei n.º 9.278/96 como se verá adiante.

B) A disciplina da união estável na Lei n.º 9.278/96

Os contornos da união estável estão previstos na Lei n.º 9.278/96 que regula o § 3.º do art. 226 da CF/88. Também, aqui, não se preocupou o legislador em conceituar o instituto, embora não deixe de fazê-lo ao especificar os pressupostos para sua configuração.¹³²

¹²⁷ Assim, Álvaro Villaça AZEVEDO. *Ob. cit.*, p. 22.

¹²⁸ Neste sentido, as observações de Luiz Edson FACHIN, “Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 108.

¹²⁹ O dispositivo tem a seguinte redação: “Quando os bens deixados pelo(a) autor(a) da herança resultarem de atividade em que haja colaboração do(a) companheiro(a), terá o sobrevivente direito à metade dos bens”

¹³⁰ “Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 109.

¹³¹ Assim, Álvaro Villaça AZEVEDO, *Ob. cit.*, p. 22. Eduardo Oliveira LEITE, antes mesmo da vigência desta Lei assim sustentava ao defender a auto-aplicabilidade do § 3.º do art. 226 da CF. “O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e incertezas”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 1. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, p. 105.

¹³² Neste sentido, Álvaro Villaça AZEVEDO. *Ob. cit.*, p. 23.

Em seu art. 1.º indica os requisitos conformadores da união estável¹³³. Assim, reportando-se ao texto constitucional anuncia: “É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família.” Vale dizer, com a finalidade de comunhão de vida e de interesses.

Segundo acentua EDGAR MOURA BITTENCOURT: “A comunhão de vida e de interesses entre os conviventes estará presente quando demonstradas fiquem a recíproca afeição, a assistência mútua e a conjugação de esforços em benefício de ambos.”¹³⁴

Assim, para configuração da união estável é necessário um convívio duradouro¹³⁵. Com efeito, preferiu o legislador não fixar um lapso temporal “fechado” a exemplo do que fizera a Lei n.º 8.971/94¹³⁶, cabendo ao poder judiciário verificar a ocorrência deste pressuposto no caso concreto.

¹³³ Vale repisar o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a respeito, o que se traduz nas ementas que se seguem: “União estável. Requisitos. Partilha de bens. Acervo havido antes da Constituição de 1988. Meação. Contribuição indireta. É razoável a declaração de união estável, quando fartamente preenchidos os pressupostos que comprovam a vida comum, notória, com decadência. A partilha observa o regime da comunhão parcial, mesmo sobre o acervo havido antes da Carta Federal de 1988, consolidado o entendimento de que ali vigora a contribuição indireta da mulher para aquisição do cabedal. Apelações, provida em parte e desprovida.” (Apelação Cível n.º 70001936277, 7.ª Câmara Cível, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 04.04.2001) “União estável. Pressupostos. Partilha. Honorários. Cumpridos os pressupostos da relação entretida, são partilhados os bens havidos durante a convivência, respeitada a sub-rogação de recursos oriundos de acervos pessoais do companheiro, existentes antes da vinculação afetiva. O decaimento de parcela da pretensão exige estabelecimento de verba honorária para a parte sucumbente, proporcional a redução. Apelação provida, em parte, para fixar honorários.” (Apelação Cível n.º 70002529428, 7.ª Câmara Cível, Rel. José Carlos Teixeira Giorgis, j. em 06.06.2001) “Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Lapso temporal. Partilha. O marco inicial da união estável é aquele onde as partes efetivamente passaram a conviver como se casados fossem. No relacionamento estável partilham-se somente os bens adquiridos durante a convivência. Eventuais empréstimos monetários a outra parte antes da convivência, não integram a partilha, se não restituídos devem ser buscados em sede própria. Apelação e recurso adesivo desprovidos.” (Apelação Cível n.º 70003520616, 8.ª Câmara Cível, Rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 20.12.2001)

¹³⁴ *Concubinato*. 1980, p. 25. *Apud*, Paulo Martins de CARVALHO FILHO. “Lei n.º 9.278 (de 10 de maio de 1996) a União Estável”. *Revista dos Tribunais*, v. 734, p. 13-39.

¹³⁵ Ilustrativa, a propósito, é a manifestação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar a Apelação Cível n.º 70000900787, 7.ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Feranando de Vasconcellos Chaves, j. em 17.05.2000, assim ementada: “União estável. Duração. Dissolução. Sentença *ultra petita*. 1. Comprovada a existência da vida em comum por quase quatro anos, com fidelidade e publicidade, configurada está a união estável, inexistindo exigência legal do lapso temporal de cinco anos. Diante disso, imperiosa a partilha igualitária dos bens adquiridos durante a convivência marital, sendo certa a colaboração de cada convivente, o que decorre de presunção *jure et de jure*. 2. A sentença deve adequar-se à pretensão deduzida quando é *extra petita*. O valor a ser dividido é o da efetiva venda do bem e não o da avaliação fiscal, mormente quando inexistente qualquer discussão a respeito. Recurso provido em parte.”

¹³⁶ Paulo Martins de CARVALHO FILHO sustenta que o art. 1.º da Lei n.º 8.971/94 restou revogado em face do que prescrevem os arts. 1.º e 7.º da Lei n.º 9.278/96. *Ob. cit.*, p. 17. Todavia, nos parece que uma disposição não exclui a outra.

A este requisito, liga-se a necessidade de continuidade no convívio que sugere uma certa estabilidade à união. De outra parte, ao estabelecer o artigo a exigência de que a convivência seja pública quis afastar da proteção legal as uniões “clandestinas”.¹³⁷

Na seqüência, o art. 2.º estabelece como direitos e deveres dos conviventes: I - respeito e consideração mútuos; II - assistência moral e material recíproca¹³⁸; III - guarda, sustento e educação dos filhos comuns.

Embora o legislador não tenha incluído, expressamente, a fidelidade recíproca nesse rol é evidente que tal dever insere-se na exigência de respeito e consideração mútuos.^{139 e 140}

De outra parte, bem andou o legislador ao afastar a necessidade do convívio *more uxorio*¹⁴¹ para o reconhecimento da união estável como faz o inc. II do art. 231, C. Civil, em relação ao casamento.¹⁴²

Destaca, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO, a importância do dever de assistência moral na atualidade, onde as pessoas pouco se comunicam no lar.¹⁴³ A assistência material, de sua vez, reflete-se no aspecto patrimonial em que um dos conviventes tem o dever de auxiliar o outro quando necessário prestando-lhe, por exemplo, alimentos.

Com efeito, os direitos e deveres previstos nos incisos I e II são recíprocos entre os conviventes, ao passo que a hipótese elencada no inciso III refere-se aos deveres destes em relação aos filhos comuns.

¹³⁷ Assim, Paulo Martins de CARVALHO FILHO. *Ob. cit.*, p. 15.

¹³⁸ A propósito, vale registrar manifestação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar a Apelação Cível n.º 70000796292, 7.ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 21.06.2000, assim ementada: “Alimentos. Companheira. Necessidade de suplementação da aposentadoria. Embora a autora não tenha sido dependente do réu por exercer atividade remunerada, criou-se entre o casal um vínculo afetivo sólido, determinante do compromisso moral e jurídico de mútua assistência *ex vi* das Leis n.ºs 8.971/94 e 9.278/96. Ficando claro que a autora enfrenta privações diante da sua minguada aposentadoria previdenciária, sendo cardíaca e com limitações laborativas, o que decorre até da idade de 65 anos, e tendo o varão razoável situação econômica, impõe-se a fixação de alimentos para garantir a ex-companheira uma vida digna, nesta quadra da sua vida. Recurso provido em parte.”

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ Marilene Silveira GUIMARÃES, aponta o respeito e consideração mútuos como subsidiários ao dever de fidelidade recíproca constante do Código Civil. “A união estável e a Lei n.º 9.278, de 13-05-96”. *Revista Ajuris*, v. 68, p. 176; e Luiz Edson FACHIN. “Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 104.

¹⁴¹ Como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula n.º 382 que tem o seguinte teor: “A vida em comum sob o mesmo teto, *more uxorio*, não é indispensável à caracterização do concubinato.”

¹⁴² Assim, Paulo Martins de CARVALHO FILHO. *Ob. cit.*, p. 16.

¹⁴³ *Ob. cit.*, p. 23.

O art. 3.^o que dispunha sobre o contrato escrito, do qual os conviventes poderiam fazer uso para regrear seus interesses, foi vetado.

Por estar relacionado ao artigo anterior, dispondo a respeito do registro do contrato escrito, também o art. 4.^o acabou sendo objeto de veto. Entretanto, a falta de previsão específica não inibe a utilização desse instrumento que serve, inclusive, como prova da união estável.¹⁴⁴

Restando a questão patrimonial estabelecida no art. 5.^o e seus parágrafos^{145 e 146} que estabelece verdadeiro condomínio entre os conviventes¹⁴⁷, quanto aos bens adquiridos na constância da união estável a título oneroso a exemplo do que ocorre no regime da comunhão parcial de bens.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Neste sentido, acentua Débora GOZZO: "Nem todas as menções ao contrato escrito, todavia, foram objeto de veto por parte do Presidente da República. Houve falhas na hora de vetar e isto pode ser verificado pela leitura do citado art. 5.^o, *caput*, parte final, e do seu parágrafo 2.^o, parte final. Continua-se a ter, no direito brasileiro, previsão legal de *contrato escrito* (...)." "O Patrimônio dos Conviventes na União Estável. Análise do art. 5.^o da Lei n.^o 9.278/96". In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. (Coord.) Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Eduardo Oliveira LEITE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 104.

¹⁴⁵ O dispositivo tem a seguinte redação: "Art. 5.^o Os bens móveis e imóveis adquiridos por um ou ambos os conviventes, na constância da união estável e a título oneroso, são considerados fruto do trabalho e da colaboração comum, passando a pertencer a ambos, em condomínio e em partes iguais, salvo estipulação em contrário em contrato escrito." § 1.^o Cessa a presunção do *caput* deste artigo se a aquisição patrimonial ocorrer com o produto de bens adquiridos anteriormente ao início da união. § 2.^o A administração do patrimônio comum dos conviventes compete a ambos, , salvo estipulação em contrário em contrato escrito."

¹⁴⁶ Paulo Martins de CARVALHO FILHO sustenta que este dispositivo revogou o art. 3.^o da Lei n.^o 8.971/94 que fazia reviver o enunciado da Súmula 380 do STF, restando superada esta interpretação em face do que dispôs o art. 5.^o da Lei n.^o 9.278/96. *Ob. cit.*, p. 19-27. Na mesma esteira é o pensamento de Álvaro Villaça AZEVEDO. *Ob. cit.*, p. 28 e Débora GOZZO. *Ob. cit.*, p. 99. Em sentido contrário, Luiz Edson FACHIN entende que os dispositivos se complementam inexistindo incompatibilidade entre um e outro. "Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais". In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 109-10.

¹⁴⁷ Presunção esta dita relativa, em vista do próprio conteúdo da norma – conforme observa Débora GOZZO - que possibilita aos conviventes estabelecerem de modo diverso em contrato escrito. *Ob. cit.*, p. 103.

¹⁴⁸ Assim, Paulo Martins de CARVALHO FILHO. *Ob. cit.*, p. 19.

O dispositivo presume¹⁴⁹ o esforço comum dos conviventes para constituição do patrimônio, possibilitando a partilha em partes iguais¹⁵⁰. Exceção a esta regra, vem prevista no § 1.º que exclui da partilha os bens dados em sub-rogação real.¹⁵¹ Vale registrar o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobre o tema, o que se traduz nas ementas que se seguem:

“Embargos infringentes. União estável. Reconhecimento. Reconhecida pelo próprio embargado e corroborada pelas testemunhas a existência da união estável com início após a separação de fato da esposa, seu reconhecimento não pode ser afastado na ação intentada pela companheira. Partilha de bens adquiridos em sub-rogação. Descabimento. Por aplicação do par. 1.º do art. 5.º da Lei n.º 9.278/96 descabe a partilha entre os companheiros dos bens adquiridos em sub-rogação aqueles pré-existentes à união estável. Embargos infringentes parcialmente acolhidos.” (Embargos Infringentes n.º 70001131002, 4.º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 20.10.2000)

¹⁴⁹ Trata-se de presunção *juris tantum* admitindo, portanto, prova em contrário. Neste sentido, Álvaro Villaza AZEVEDO, *Ob. cit.*, p. 25; e Luiz Edson FACHIN, “Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 110.

¹⁵⁰ Neste sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar a Apelação Cível n.º 70002418390, 7.ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 02.05.2001, em cuja ementa se lê: “Apelação cível. União estável. Partilha de bens. O imóvel, objeto do litígio, foi adquirido na constância da união estável através de financiamento, para pagamento em 240 meses. Neste compasso, tendo sido adquirido a título oneroso, deve ser partilhado em iguais proporções entre as partes, incluindo-se na divisão o saldo devedor remanescente (prestações vincendas junto ao DEHMAB). Aplicação do art. 5.º da Lei n.º 9.278/96. Outrossim, a sentença não determinou a venda do bem, apenas acenou, na fundamentação, que, futuramente, deverá ser este o caminho a ser percorrido, ante a circunstância de que, formado o condomínio, sua extinção só poderá dar-se por esta forma. Desproveram o apelo.”

¹⁵¹ Vale registrar o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sobre o tema, o que se traduz nas ementas que se seguem: “Embargos infringentes. União estável. Reconhecimento. Reconhecida pelo próprio embargado e corroborada pelas testemunhas a existência da união estável com início após a separação de fato da esposa, seu reconhecimento não pode ser afastado na ação intentada pela companheira. Partilha de bens adquiridos em sub-rogação. Descabimento. Por aplicação do par. 1.º do art. 5.º da Lei n.º 9.278/96 descabe a partilha entre os companheiros dos bens adquiridos em sub-rogação aqueles pré-existentes à união estável. Embargos infringentes parcialmente acolhidos.” (Embargos Infringentes n.º 70001131002, 4.º Grupo de Câmaras Cíveis, Rel. José Ataídes Siqueira Trindade, j. em 20.10.2000) “Dissolução da união estável. Partilha de bens. Comprovada a união estável durante o período de 1991 a 2000, durante o qual ocorreu formação de patrimônio, e tendo em conta a ausência de provas de terem os bens sido adquiridos em sub-rogação de outros exclusivos do apelante, a partilha deve ser igualitária, face a presunção absoluta de que foram adquiridos com esforço comum. Desproveram. Unânime.” (Apelação Cível n.º 70002979110, 7.ª Câmara Cível, Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 19.12.2001) “União estável. Partilha de bens. Caso em que se reconhece a união estável e o direito do companheiro ao partilhamento do imóvel adquirido na constância do companheirismo. Negaram provimento.” (Apelação Cível n.º 70003929049, 8.ª Câmara Cível, Rel. Rui Portanova, j. em 27.03.2002) “União estável. Partilha de bens. A presunção de que os bens adquiridos na constância da união estável são considerados fruto do trabalho comum não permite inquirir sobre a real participação de cada um dos conviventes na formação do acervo patrimonial. Apelo desprovido.” (Apelação Cível n.º 70003399425, 7.ª Câmara Cível, Rel.ª Maria Berenice Dias, j. em 24.04.2002) “União estável. Comunicação dos bens. Irrelevante o fato de a união estável haver iniciado antes da vigência da Lei n.º 9.278/96, uma vez que a presunção de mútua colaboração, a gerar o estado condominial e consequente partição paritária, já estava consagrada pela jurisprudência mesmo antes da entrada em vigor da Constituição Federal. Apelo desprovido.” (Apelação Cível n.º 70004040309, 7.ª Câmara Cível, Rel.ª Maria Berenice Dias, j. em 08.05.2002)

A partilha, em face da dissolução da união estável, independe de indagação sobre culpa, conforme acentua PAULO MARTINS DE CARVALHO FILHO.¹⁵²

O § 2.º do artigo em comento, observando a igualdade entre os conviventes, estabelece que a administração do patrimônio comum há de ser exercida por ambos os conviventes, ressaltando a hipótese de estipulação contrária em contrato escrito.

O art. 6.º que tratava da dissolução da união estável, também, foi objeto de veto.

Na seqüência, o *caput* do artigo 7.º dispõe acerca da prestação de assistência material - que se dará sob a forma de alimentos -, em caso de dissolução da união estável, por rescisão.¹⁵³

Em face desta previsão, sustenta ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO a revogação parcial do art. 1.º da Lei n.º 8.971/94 aduzindo que somente serão devidos alimentos, após a dissolução da união estável se houver culpa, cabendo ao convivente culpado prestar os alimentos àquele que não deu causa a dissolução.^{154 e 155}

Em sentido contrário¹⁵⁶, GUSTAVO TEPEDINO bem define a controvérsia ao explicitar: "(...) embora o art. 7.º da Lei n.º 9.278/96 faça infeliz referência à rescisão, modalidade extintiva da relação negocial prevista na dicção vetada do art. 6.º, não se poderia limitar a sua concessão à demonstração de culpa no rompimento da união estável, mesmo a prescindir da Lei n.º 8.971/94. A *ratio* da disciplina dos alimentos, inspirada, como anteriormente já se procurou demonstrar, por valores constitucionais relativos à dignidade da pessoa humana e à realização da personalidade dos cônjuges e dos filhos, volta-se para os laços de solidariedade familiar, não se justificando a restrição interpretativa."¹⁵⁷ Parece-nos ser esta a interpretação mais adequada.

O parágrafo único do mesmo artigo, disciplina o direito real de habitação¹⁵⁸ na hipótese de dissolução da união estável por morte de um dos conviventes, em relação

¹⁵² *Ob. cit.*, p. 19.

¹⁵³ Como a lei fala em rescisão, Álvaro Villaça AZEVEDO defende que o dever de assistência material deva ser prestado pelo convivente culpado ao inocente, acaso este demonstre necessitar dos alimentos.

¹⁵⁴ *Ob. cit.*, p. 28.

¹⁵⁵ No mesmo sentido, Paulo Martins de CARVALHO FILHO que, contudo, enfatiza que acaso a dissolução da união estável se dê em face de acordo ou denúncia de um dos conviventes, permanece o direito a alimentos desde que presente o binômio: necessidade-possibilidade. *Ob. cit.*, p. 16.

¹⁵⁶ Seguido por Luiz Edson FACHIN. "Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais". In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 106-7; Marilene Silveira GUIMARÃES. *Ob. cit.*, p. 180-181.

¹⁵⁷ "As uniões estáveis entre a Constituição e a recente legislação especial". *Ensaios Jurídicos: O Direito em Revista*, v. 2, p. 503.

¹⁵⁸ Veja-se o disposto nos arts. 746 a 748 do Código Civil.

ao imóvel que servia de residência familiar¹⁵⁹. Na dicção legal o direito real de habitação é vitalício. Cessa, todavia, acaso o convivente sobrevivo constitua nova união ou casamento.

Divide-se a doutrina quanto aos efeitos deste dispositivo legal. De um lado, LUIZ EDSON FACHIN sustenta que o parágrafo único do artigo 7.º revogou os incisos I e II do art. 2.º da Lei n.º 8.971/94, permanecendo hígido, entretanto, o inciso III deste artigo.¹⁶⁰ De outro, ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO¹⁶¹, seguido por PAULO MARTINS DE CARVALHO FILHO¹⁶² entendem que convivem harmonicamente o art. 2.º da Lei n.º 8.971/94 com o parágrafo único do artigo 7.º da Lei n.º 9.278/96.

Compartilhamos da primeira opinião, pois nos parece que ao estabelecer o direito real de habitação afastou o legislador, embora de modo não expresso, a possibilidade prevista pela lei anterior quanto ao usufruto.

De sua vez, o art. 8.º prescreve que: “Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.”

Embora a lei não estabeleça a forma em que deverá ser efetuada dita conversão certo é que deverá ser precedida de processo de habilitação, tal qual ocorre em relação ao casamento.¹⁶³

O dispositivo em foco, está em perfeita sintonia com o texto do § 3.º do art. 226 da Constituição Federal, ao possibilitar a conversão da união estável em casamento, conforme ali preceituado.

¹⁵⁹ Neste sentido, vale reproduzir manifestação do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, consubstanciado na ementa que se segue:

“União estável. Constituição de 1988. Colaboração presumida. Direito de habitação e usufruto. Sucumbência. 1. A união havida constituiu uma família, sendo irrelevante se iniciou antes da Constituição, importando é que findou sob a égide dessa nova Carta de princípios. A união *more uxorio* existente antes da Constituição ganhou rótulo de união estável, mas não sofreu qualquer alteração na sua natureza e essência. A nova Carta trouxe ao campo do direito o fato social relevante que reclamava o afastamento dos preconceitos, bem como o reconhecimento formal e a proteção do Estado. 2. Desnecessidade de prova da contribuição para o patrimonial, pois esta é presumida. 3. A Lei n.º 9.278/96 não revogou a Lei n.º 8.271/94, coexistindo o direito real de habitação como o usufruto viável, que é mais benéfico aos conviventes. 4. Tendo a ação marcante conteúdo declaratório, não tem aplicação a regra do art. 20, parágrafo 3.º, do CPC, devendo a fixação decorrer da apreciação equitativa do julgador segundo as diretrizes referidas no dispositivo invocado. Recurso provido em parte.” (Apelação Cível n.º 70000859587, 7.ª Câmara Cível, Rel. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 12.04.2000)

¹⁶⁰ “Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 108-9.

¹⁶¹ *Ob. cit.*, p. 28.

¹⁶² *Ob. cit.*, p. 34.

¹⁶³ Assim, Álvaro Villaça AZEVEDO, *Ob. cit.*, p. 27; e Gustavo TEPEDINO. “As uniões estáveis entre a Constituição e a recente legislação especial”. *Ensaio Jurídico: O Direito em Revista*, v. 2, p. 506.

Por fim, o art. 9.º determina a competência das Varas de Família para apreciarem as questões relativas à união estável assegurado, nos termos da lei, o segredo de justiça. Todavia, é evidente a inconstitucionalidade deste dispositivo ao disciplinar matéria de competência estadual (art. 125, CF).¹⁶⁴ Caberá, então, aos Estados em atenção a *mens legis* encaminhar a solução ali apontada.

Examinada, a disciplina da união estável em face da Lei n.º 9.278/96 resta, ainda, analisarmos a matéria à luz do que dispõe a legislação projetada.

C) O tratamento dispensado à União Estável no Projeto do novo Código Civil

A disciplina da união estável foi absorvida pelo Projeto de Código Civil em razão da ER n.º 462-R, feita pelo Senado Federal, figurando logo após o art. 1.751.¹⁶⁵

Neste sentido, menciona ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO, as esclarecedoras palavras do Senador JOSAPHAT MARINHO, justificando a inclusão: “A emenda resulta, essencialmente, do disposto no art. 226, § 3.º, da Constituição de 1988. Nela ‘reconhecida a união estável entre o homem e a mulher, como entidade familiar’, cumpre situá-la na lei civil básica. Tanto mais se impõe caracterizá-la porque prevista ‘para efeito de proteção do Estado’ e ‘devendo a lei facilitar sua conversão em casamento’.”¹⁶⁶

O primeiro artigo que trata da matéria assim preceitua: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, vivendo os companheiros¹⁶⁷ como se casados fossem por mais de cinco anos consecutivos.”

Da simples leitura do dispositivo, percebe-se que o legislador retomou o requisito temporal, afastado pela Lei n.º 9.278/96, ao estabelecer o prazo de 5 anos para configuração da união estável, com a possibilidade de redução para 3 anos se houver filho comum § 1.º reeditando, em parte, o que previa a Lei n.º 8.971/94.

¹⁶⁴ Neste sentido, Gustavo TEPEDINO. *Ob. cit.*, p. 507; e Paulo Martins de CARVALHO FILHO. *Ob. cit.*, p. 38.

¹⁶⁵ Não há numeração dos artigos, em face da introdução apontada.

¹⁶⁶ “A União Estável no Direito Projetado – O Código Civil”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. (Coord.) Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Eduardo Oliveira LEITE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 32.

¹⁶⁷ Interessante notar que o Projeto utiliza a nomenclatura da Lei n.º 8.971/94, denominada por Luiz Edson FACHIN de “Estatuto do Companheirato” ao tratar os conviventes sempre como companheiros. “Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 97.

Ressurge, portanto, a polêmica¹⁶⁸ acerca da conveniência ou não de que o reconhecimento da união estável sujeite-se a este requisito o qual não consta no texto constitucional (§ 3.º, art. 226).¹⁶⁹

Assim, preferível seria a manutenção da redação emprestada pelo art. 1.º da Lei n.º 9.278/96 a qual permitia ao julgador à vista dos outros requisitos enquadrar a união como estável, desde que duradoura a convivência.

Na seqüência, o § 2.º do mesmo dispositivo afasta a possibilidade de reconhecimento da união estável em havendo os impedimentos que seriam aplicáveis ao casamento¹⁷⁰. O dispositivo explicita, portanto, requisito necessário à própria conversão da união estável em casamento.

Pertinente, todavia, a observação feita por ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO, relativamente a viabilidade de admitir-se a união estável envolvendo pessoas separadas de fato.¹⁷¹

O artigo seguinte¹⁷² estabelece os deveres dos conviventes entre si, assim, os deveres de lealdade, respeito e assistência; e destes em relação aos filhos, quais sejam, os deveres de guarda, sustento e educação.

A redação do dispositivo difere daquela contida na Lei n.º 9.278/96 (art. 2.º), mas é suficiente para evidenciar os elementos que informam o convívio em união estável. Assim, embora a lei não o diga expressamente, dos deveres de lealdade e respeito emerge, também, o de fidelidade.

¹⁶⁸ Veja-se o teor da Nota 120, *supra*.

¹⁶⁹ Penso que a razão está com Antônio Carlos Mathias COLTRO ao referir: "Fixar-se prazo, segundo nos parece, além de constituir-se em exigência não contida na norma constitucional, acabará por ensejar o risco de burla à proteção dos conviventes, tanto nos casos em que faltando pouquíssimo tempo para ser completado o lapso temporal ocorrer o término da vida de fato por falta de consenso entre os conviventes, quanto à manutenção da mesma, como no de, por exemplo, um deles falecer, o que, de forma alguma, em um e em outro caso, servirá à desconsideração da maneira como até então viviam e, que, eventualmente, se preste a indicar ter havido a *união estável* a que se refere a CF." "A União Estável no Direito Projetado – o Código Civil." In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. (Coord.) Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Eduardo Oliveira LEITE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 36.

¹⁷⁰ Neste sentido, aliás, já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao apreciar a Apelação Cível n.º 70000491217, 8.ª Câmara Cível, Rel. Antônio Carlos Stangler Pereira, j. em 11.10.2001, assim ementada: "Apelação. União estável. Existência de casamento. Não se configura união estável, o relacionamento, entre homem e mulher, quando existe o impedimento para conversão em casamento. O varão casado nunca se separou de sua esposa."

¹⁷¹ "A União Estável no Direito Projetado – o Código Civil." In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. (Coord.) Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Eduardo Oliveira LEITE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 40.

¹⁷² O dispositivo contém a seguinte redação: "As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos."

De outro lado, preferiu o legislador utilizar, apenas, o termo assistência, sem especificar que deva ser moral e material o que evidentemente há de se extrair do dispositivo. Manteve, em relação aos filhos, os mesmos direitos assegurados pela Lei n.º 9.278/96.

No que respeita aos aspectos patrimoniais que orientam o convívio na união estável, prescreve o dispositivo seguinte: “Na união estável, salvo convenção válida entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.”

Neste particular, o Projeto estabelece como regra a incidência do regime da comunhão parcial de bens, ressaltando a hipótese de convenção em sentido contrário, pelos companheiros. A norma afina, portanto, com a previsão já existente no art. 5.º, § 1.º, da Lei n.º 9.278/96.

O Projeto, a exemplo do que dispunha o art. 8.º da Lei n.º 9.278/96 e, também, em atenção ao comando constitucional contido no § 3.º do art. 226, prevê a possibilidade de conversão da união estável em casamento, mediante requerimento dos companheiros endereçado ao juiz e inscrição no Registro Civil.

Por fim, distingue o Projeto a união estável do concubinato¹⁷³ ao estabelecer no último artigo que trata da matéria que: “As relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato.”

Como afirma ANTÔNIO CARLOS MATHIAS COLTRO: “Distinguiu-se, pois, no enunciado legislativo, a união *pura*, em que presentes os atributos necessários à produção de efeitos conforme os estabelecidos para fins do art. 226, § 3.º, da CF, da união *impura*, denominada concubinato, e que é tida, assim, como o gênero, ‘aplicando-se a todos os casos de união livre entre homem e mulher’; ainda que despojada do caráter pejorativo que antes lhe era aplicado, o *estável* vem a ser espécie regularmente protegida.”¹⁷⁴

Com isto, pretendeu o legislador evitar eventuais conflitos e confusões na aplicação da lei.

¹⁷³ Retoma, aqui, o caráter pejorativo atribuído, inicialmente, ao termo. Com efeito, antes do advento da Constituição Federal de 1988 já se procurava, em doutrina, estabelecer a distinção entre as várias espécies de concubinato (honesto, adulterino, incestuoso). Atualmente, todavia, a expressão concubinato havia se generalizado como forma de consolidação das uniões livres.

¹⁷⁴ “A União Estável no Direito Projetado – o Código Civil.” In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. (Coord.) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e LEITE, Eduardo Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 41.

Sem a pretensão de exaurimento do tema, mas antes, com o intuito de ter propiciado uma reflexão sobre os aspectos patrimoniais decorrentes da opção por determinado regime de bens no casamento e aqueles surgidos em face do convívio na união estável, alinhamos algumas observações a título conclusivo.

Conclusão

a) a Constituição Federal de 1988 permitiu uma releitura do Direito de Família ao conceber um novo paradigma de família, fundado em valores autênticos que apontam para afetividade como fonte inspiradora das relações familiares;

b) a disciplina do regime de bens apresenta especial relevo no contexto do Código Civil vigente, regulando os efeitos patrimoniais decorrentes do casamento;

c) o Projeto do novo Código Civil, em boa hora, permite uma renovação do tema ao adequar os regimes de bens à nossa realidade, superando alguns inconvenientes da legislação atual¹⁷⁵. Contribui, também, para este novo modelo familiar ao estruturar as relações familiares levando em consideração a sua especificidade (pessoal ou patrimonial);

d) ao reconhecer a união estável como entidade familiar que merece proteção do Estado, a Constituição Federal inaugurou um novo capítulo na história do Direito de Família que tem como reflexo a nova concepção do modelo familiar;

e) as Leis n.ºs 8.971/94 e 9.279/96, inobstante eventuais impropriedades, são a base regulamentadora da união estável e devem servir à concretização da proteção estatal assegurada aos conviventes;

f) afigura-se correta a inserção da disciplina da união estável no Projeto de Código Civil, todavia, parece-nos um retrocesso a exigência de lapso temporal “fechado” para sua configuração, preferível seria fosse mantido, no particular, o texto da Lei n.º 9.278/96 (art. 1.º);

g) adequada a previsão do Projeto que determina a aplicação do regime da comunhão parcial de bens às relações patrimoniais entre os conviventes;

h) o Direito de Família passa por uma enorme evolução e o aparato legislativo nem sempre é apto a fornecer, de imediato, as soluções para os conflitos jurídicos que se apresentam cabe, portanto, ao operador do direito a tarefa de reduzir esta distância por forma a viabilizar uma adequada interpretação do Direito.

¹⁷⁵ Tais como a disciplina do regime dotal.

Bibliografia:

ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*. v. 1 (1993), v. 2 (1995), v. 3 (1996), v. 4 (1999). São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

_____. “Entidade familiar e casamento formal: aspectos patrimoniais”. *In Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 1. p. 80-93.

AURVALLE, Luís Alberto. “A regulamentação infraconstitucional dos alimentos na união estável”. *Revista Ajuris*, v. 64, p. 244-58.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. “União Estável”. *Revista do Advogado*. São Paulo, AASP, 2000. N.º 58, p. 14-29.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. “Do regime da separação de bens no direito brasileiro atual”. *Revista dos Tribunais*, v. 688, p. 7-19.

CAMBI, Eduardo. “Premissas teóricas das uniões extramatrimoniais no contexto da tendência da personificação do Direito de Família”. *In Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. (Coord.) Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Eduardo Oliveira LEITE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 125-87.

CARVALHO, João Andrades. *Regime de bens*. Rio de Janeiro: Aide, 1996.

CARVALHO FILHO, Paulo Martins de. “Lei n.º 9.278 (de 10 de maio de 1996) a União Estável”. *Revista dos Tribunais*, v. 734, p. 13-39.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. “A Constituição Federal e a União Estável entre Homem e Mulher”. *In Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 1. (Coord.) Teresa Arruda Alvim WAMBIER. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, p. 42-56.

_____. “Novos aspectos relativos à união estável”. *In Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 2. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 29-43.

_____. “A União Estável: um conceito?” *In Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3, (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1996, p. 19-44.

_____. “A União Estável no Direito Projetado – O Código Civil”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. (Coord.) Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Eduardo Oliveira LEITE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 27-45.

COUTO e SILVA, Clóvis do. “Direito Patrimonial de Família no Projeto de Código Civil Brasileiro e no Direito Português”. *Revista dos Tribunais*, v. 520, p. 11-37.

_____. “Direito Patrimonial de Família”. *Revista da Faculdade de Direito UFRGS*, v. 1, p. 39-51.

DIAS, Maria Berenice. “União Homossexual – Aspectos sociais e jurídicos”. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n.º 4, p. 5-14.

DIREITO, Carlos Alberto Menezes. “Da União Estável.” In *O Direito na Década de 1990: novos aspectos*. Estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald. (Coord.) Paulo Dourado de GUSMÃO, p. 126-45.

FACHIN, Luiz Edson. “Contribuição crítica à teoria das entidades familiares extramatrimoniais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 3. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 94-113.

_____. “Aspectos Jurídicos da União de Pessoas do Mesmo Sexo”. *Revista dos Tribunais*, v. 732, p. 47-54.

_____. “Projeto do Código Civil”. *Revista do Centro de Estudos Judiciários – CEJ*, n.º 9, Dez/99, p. 16-20.

_____. “Direito Civil Contemporâneo”. *Revista Consulex*, n.º 18, Jun/98, p. 32-4.

_____. “A desinstitucionalização do modelo familiar: possibilidades e paradoxos sob o neoliberalismo. (Da função pública ao espaço privado: aspectos da “privatização” da família no projeto do Estado mínimo, a partir da realidade brasileira)”. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n.º 12, p. 13-8, jul-dez/99, p. 13-28.

GOMES, Orlando. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense. 1996.

GOZZO, Débora. “O Patrimônio dos Conviventes na União Estável. Análise do art. 5.º da Lei n.º 9.278/96”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. Coord. Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Eduardo Oliveira LEITE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 86-124.

GLANZ, Semy. “União Estável”. In *O Direito na Década de 1990: novos aspectos. Estudos em homenagem ao Prof. Arnold Wald*. Coord. Paulo Dourado de GUSMÃO, p. 187-211.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. “A união estável e a Lei n.º 9.278, de 13.05.96 (Comentários em 18.07.96)”. *Revista Ajuris*, v. 68, p. 173-83.

_____. “Reflexões acerca de questões patrimoniais nas uniões formalizadas, informais e marginais”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 2. (Coord.) Teresa Arruda Alvim WAMBIER. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 197-206.

JAYME, Erik. “Visões para uma Teoria Pós-moderna do Direito Comparado”. *Revista dos Tribunais*, v. 759, p. 23-40.

JUNIOR, Eroulths Cortiano. “O Direito de Família no Projeto do Código Civil”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 4. Coord. Teresa Arruda Alvim WAMBIER e Eduardo Oliveira LEITE. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 222-43.

LEITE, Eduardo Oliveira. “O concubinato frente à nova Constituição: hesitações e incertezas”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 1. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993, p. 94-107.

_____. “A família monoparental como entidade familiar”. In *Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família. Aspectos constitucionais, civis e processuais*, v. 2. (Coord.) Teresa Arruda ALVIM. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1995, p. 44-70.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Trad. Ricardo Corrêa Barbosa. 5.ª ed., Rio de Janeiro: Ed. José Olympio, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz da Costa. *Igualdade conjugal – direitos e deveres*. Revista da ESMAPÉ. v. 2, n.º 6, out/dez – 1997, p. 361-80.

_____. *A repersonalização das relações de família*. In *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. Coord. BITTAR, Carlos Alberto. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 53-81.

MARQUES, Cláudia Lima, CACHAPUZ, Maria Cláudia e VITÓRIA, Ana Paula da Silva. “Igualdade entre filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno?”. *Revista dos Tribunais*, v. 764, p. 11-32.

MARTINS-COSTA, Judith. "As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico". *Revista de Informação Legislativa*, v. 112, p. 13-32.

OLIVEIRA, Euclides de. AMORIN, Sebastião. "Concubinato: novos rumos". *Revista de Jurisprudência Brasileira*, v. 172, p. 23-32.

OLIVEIRA, Juarez de. e MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Novo Código Civil*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, vol. V, 9.ª ed., 1994.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. "Tendências modernas do direito de família". *Revista Ajuris*, v. 42, p. 52-86.

_____ "A União Estável e os Alimentos". *Revista Ajuris*, v. 49, p. 36-50.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. 1981.

REALE, Miguel. *O Projeto do Novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva. 1999.

RODRIGUES, Lia Palazzo. "Algumas considerações a respeito da Lei 8.971". *Revista Ajuris*, v. 63, p. 305-14.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. vol. VI, 16.ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1989.

_____ "Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos". *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 88, 1993, p. 239-54.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. "Breves notas sobre a Lei n.º 8.971/94". *Revista Ajuris*, v. 63, p. 315-9.

SILVA, Eduardo Silva. "A importância das cláusulas gerais na regulação do direito pessoal e patrimonial de família". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 15, p. 55-73.

TEPEDINO, Gustavo José Mendes. "Qual a Lei para a Nova Família?" *In Revista Jurídica*, Dez/1999, n.º 7, p. 24-5.

_____ "As uniões estáveis entre a Constituição e a recente legislação especial". *Ensaios Jurídicos: O Direito em Revista*, v. 2, p. 485-507.

A “Judicialização da Política” e a “Politização do Judiciário” no Brasil: Notas para uma abordagem sociológica

Fabiano Engelmann
Bacharel em Direito UFRGS
Mestre em Ciência Política UFRGS
Doutorando em Ciência Política UFRGS

Resumo

Este artigo tem por objetivo propor um esquema de análise para o fenômeno da “politização” do direito, observado particularmente a partir da década de 90 no Brasil. A abordagem em tela considera que este comporta para sua apreensão, a consideração simultânea de dois conjuntos de variáveis: Um primeiro, capaz de explicitar a diversidade social dos agentes públicos que hoje ocupam posições nas diversas carreiras jurídicas de estado e, um segundo, que considere o aumento das demandas pela efetivação de direitos, amparados em larga medida na Constituição de 1988. A relação entre estas duas dimensões é considerada como hipótese explicativa para as transformações no papel institucional, principalmente, do Ministério Público e do Poder Judiciário. *

Palavras-chave: politização –carreiras jurídicas-Constituição de 1988

Introdução

A conjuntura político-institucional do Brasil tem como marco de sua redefinição, a Constituição de 1988. A partir desta nova carta política vislumbra-se a restauração das garantias individuais e políticas perdidas ao longo do regime militar. Este novo marco institucional, ao afirmar o Estado de Direito Democrático reforça o papel das instituições relacionadas à atividade jurisdicional. Neste sentido, abre-se um amplo leque de possibilidades de postulação judicial de direitos consagrados na Constituição, assim como nas legislações que lhe sucedem, como o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, por exemplo.

Para o cenário político, a consequência mais imediata desta nova conjuntura institucional é a ampliação do espaço de atuação dos intérpretes e agentes jurídicos alocados em diversas carreiras de estado como magistratura, promotoria, procuradorias, defensorias públicas, etc. As redefinições dos usos do direito, assim como das carreiras jurídicas e os novos posicionamentos dos juristas frente a sociedade envolvem, entretanto, não apenas uma ampliação de espaço institucional, mas concomitantemente, uma diversificação social no recrutamento dos agentes que atuam nestas profissões. Esta diversificação indica uma quebra num padrão de recrutamento que levava ao fechamento do mundo jurídico afirmando, além do concurso público impessoal e padrões meritocráticos para a ascensão às carreiras de estado, um conjunto de garantias para o exercício de atividades de promotoria e jurisdição.

1. A “politização” do direito e a judicialização da política: O novo papel institucional

No âmbito das carreiras jurídicas uma das expressões visíveis da diversificação nas lutas pela definição do direito legítimo, aparece no espaço das tomadas de posição constatada por (Vianna, 1999 e Arantes, 1997) como “politização” do Poder Judiciário nas décadas de oitenta e noventa. Por um lado, há uma “judicialização da política” (Vianna, *op. cit.*) cujo exemplo são as ações diretas de inconstitucionalidade junto aos tribunais superiores, onde está expressamente em pauta a disputa em torno do sentido da regra constitucional. Este tipo de ação judicial remete para os tribunais superiores, disputas regionais entre representantes dos poderes executivo e legislativo, pautando o que se poderia estabelecer como um problema tradicional da arena política, na esfera da interpretação jurídica.

Esta “transferência” pode implicar também num imbricamento maior entre as esferas políticas e jurídica no sentido do trânsito de quadros e relações estabelecidas entre agentes que se movem entre esferas de poder. A própria organização interna da instituição opõe os concursos públicos para a justiça de primeiro grau às indicações para a composição dos tribunais superiores, tendendo a clivagem entre instâncias judiciais que julgam conflitos inter-individuais ou referentes, predominantemente, ao direito privado, como a justiça de primeiro grau; e os tribunais superiores mais “políticos”.

Diferentemente do direito privado, o direito público calcado no direito constitucional é diretamente vinculado às conjunturas políticas onde determinado grupo institui a regra fazendo “desconhecer o arbitrário da negociação que ela descreve ou “fazendo reconhecer como natural a realidade que ela constrói” (Lacroix, 1992). A recorrência à Constituição como fonte das decisões judiciais amplia o espaço de possíveis dos confrontos doutrinários, tendo em vista que, como indica (Lacroix, *op. cit.*) ela pode ser entendida como um recurso mobilizável na luta política:

“A Constituição deve ser entendida menos como um dado definido, presente na linha de um texto, e mais, como uma construção que tem a marca de sua gênese e de seus usos que deve ser pensada não como repertório *a priori* e limitativo de ações para os titulares dos papéis institucionais definidos e sim, como um conjunto de usos menos diferentes do uso de outras formas de recursos utilizados espontaneamente na luta política”. (Op. cit, p. 18)

Ou seja, nas lutas pela definição do direito, o recurso à “constitucionalização” superpondo o “direito público” ao “direito privado” implica numa maior “abertura” da interpretação da regra jurídica, possibilitando inclusive, sua “politização”.

Por outro lado, relacionado a esta “abertura da arena jurídica”, há particularmente a partir da década de 90, uma “judicialização da vida social” com a crescente entrada para o cenário dos meios jurídicos de um conjunto de problemas identificados aos “novos direitos públicos” (direito do consumidor, direitos humanos, direitos ambientais, direitos sociais e outros). Em termos gerais, esta “judicialização” também caracteriza o aumento do potencial de mediação de conflitos do Judiciário.

A maior legitimação do Judiciário e das instituições ligadas ao meio jurídico pode ser confrontada a um efeito de “descrença” nos canais tradicionais de mediação dos conflitos sociais. Efeito relacionado ao mesmo tempo à diversificação social do recrutamento e às novas definições institucionais das carreiras jurídicas (envolvendo prerrogativas constitucionais e garantias legais, como vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de salários, etc.), que lhes garantem relativa autonomia em relação a outras esferas de poder como o poder executivo e legislativo. Ou seja, estas garantias representam condições de possibilidade, quanto às disposições dos novos agentes recrutados que vão redefinir os usos sociais destas carreiras projetando-as para além de um espaço jurídico restrito e, frequentemente, em enfrentamentos com os outros poderes de estado.

Especificamente, crescem dentro do espaço jurídico segmentos como os promotores públicos e os procuradores da República que passam a atuar em nome da “moralidade pública legítima”. No caso do Ministério Público, o monopólio da atuação “em nome da sociedade” legitimado através de garantias institucionais, traz subjacente uma percepção da sociedade brasileira como “hipossuficiente” “incapaz de defender autonomamente seus direitos”, assim como, uma crítica aos canais tradicionais de mediação política, como os partidos políticos e o sistema representativo como um todo, associados às práticas de corrupção e clientelismo. (Arantes, 1999¹)

¹Segundo (Arantes, op.cit), que realizou entrevistas junto a integrantes do Ministério Público Federal e estadual no Brasil, é recorrente a idéia entre “a oposição entre instituições político-representativas degeneradas e sociedade civil fraca”, nesse sentido os promotores entendem que “é preciso que o Ministério Público traga as grandes questões ao Judiciário, e que este funcione como instância de substituição dos políticos incapazes que estão de atender aos apelos da sociedade, por omissão ou mesmo por má-fé” (op cit, pp 96, 97).

Neste sentido, também as lutas dos procuradores e promotores para afirmarem sua “independência”, seu espaço socialmente instituído, em relação aos grupos vinculados ao mundo político e burocrático (agentes do legislativo, e do executivo, *lato sensu*) e também em relação ao Judiciário. Um dos recursos utilizados é a imprensa, particularmente a mídia, que permite quase instantânea repercussão no mundo da política. O uso deste recurso para falar “em nome da sociedade” para um amplo público que transcende os intérpretes do direito, também contribui para a ampliação do espaço dos promotores, em oposição aos magistrados que, sofrem o constrangimento em maior, ou menor grau, da deontologia tradicional da profissão. Esta consagra o “dever de reserva” e o distanciamento dos juízes em relação aos temas conjunturais da política.

2. O recrutamento para as carreiras jurídicas de estado e as bases sociais para a “politização do direito”

Os estudos que procuram analisar o conjunto destes fenômenos, compreendidos genericamente como “politização do direito”, enfocam principalmente o imbricamento entre a política e o direito como um novo papel institucional exercido pelo Poder Judiciário ou pelo Ministério Público que “se politizam.” Essas análises², reforçam o perfil das ações judiciais e dos novos direitos passíveis de serem postulados a partir da redemocratização do país com o advento da Constituição de 1988 (Arantes, 1997 e Vianna, op. cit., Silva, 2001 e Cavalcanti, 1999) como um fator determinante neste novo cenário. Nesse sentido, esta “politização” seria absorvida numa “constitucionalização” do direito, fenômeno natural de um processo de “abertura política”.

Embora tragam indicações sobre a diversificação social no recrutamento das carreiras jurídicas, tais pesquisas não aprofundam a relação das alterações neste recrutamento e os possíveis tensionamentos e redefinições nas hierarquias de agentes e direitos legítimos advindos com a ampliação da concorrência no interior do espaço jurídico e os diferentes usos (“políticos”, “ideológicos” ou “sociais” do direito), daí decorrentes. Os tensionamentos e realinhamentos dos agentes do mundo jurídico coincidem com alterações no recrutamento para as carreiras de estado.

Para o segmento dos magistrados, as mudanças nas origens sociais, são indicadas no trabalho de (Vianna³, 1997). Uma amostra de magistrados brasileiros recrutados entre 1974 e 1985 aponta 54% dos juízes com pais de escolaridade “até o primeiro grau” e 34% com “perfil ocupacional subalterno”. Também demonstra que 72% dos pais de juízes são funcionários públicos ou empregados de empresas estatais. A mudança na

² Especificamente sobre o Ministério Público ver (Silva, 2001) e (Cavalcanti, 1999)

³ Ver pesquisas realizadas por (Bonelli, 1998) e o conjunto de trabalhos do IDESP (Instituto de Estudos Econômicos Sociais e Políticos de São Paulo de (Sadek, 1995, 1995b, 1995c, 1998 e 1999)

composição social dos magistrados, exemplificada aqui nas origens familiares, pode ser constatada na comparação com estudos sobre bacharéis incidindo sobre a população do final do século XIX e primeiras décadas do século XX⁴. No caso do Ministério Público, também as pesquisas realizadas por (Sadek, 1997) em amostra do conjunto dos promotores públicos brasileiros indicam que a maioria dos integrantes apresenta, comparativamente a situação de seus pais, maior renda e escolaridade. O mesmo se aplicando para os integrantes do Ministério Público Federal (Castilho & Sadek, 1998).

O problema está na relação desta diversificação social com as disposições, por parte desses “novos agentes”, ativas em diversos usos do direito e das carreiras jurídicas. As variáveis a serem consideradas não envolvem apenas as origens sociais dos novos recrutados, mas a relação de suas características sociais com a formação de disposições que desenvolvem. O que implica incluir na análise condicionantes como a formação religiosa e filosófica, por exemplo, obtidas em determinados estabelecimentos escolares ou junto ao grupo familiar, e a relação desta formação com tomadas de posição e determinados usos do direito.

Num nível mais geral, para o problema em pauta relacionado ao espaço de interação de um grupo social cuja legitimidade está calcada na gestão do título de bacharel em direito, na definição das carreiras e do direito frente a diversas esferas sociais, principalmente a esfera política; se destacam uma série de trabalhos que podem servir de referência para a construção de um esquema de análise. Dentre os principais estão os trabalhos de (Cam, 1978), (Bourdieu, 1986), (Bancaud, 1986), (Boigeol, 1986), (Karady, 1991) e os trabalhos de (Yvez Dezalay, 1989, 1992, 1994, 1997, 2001). No conjunto destes trabalhos há a preocupação com o recrutamento para advocacia e as carreiras de estado (particularmente para a magistratura), e as transformações na sua morfologia (Cam, op. cit, Bancaud, op. cit., Boigeol, op. cit.). As hipóteses principais formuladas envolvem a relação entre o recrutamento dos agentes para as carreiras jurídicas e as redefinições da deontologia da carreira, bem como dos usos e definições legítimas do direito

Sobre a estruturação do espaço jurídico e seus princípios de hierarquização os trabalhos de (Bourdieu, 1986, Dezalay, 1989) fornecem indicações que auxiliam num mapeamento mais amplo do espaço de concorrência jurídico:

“As práticas e os discursos jurídicos são com efeito o produto do funcionamento de um campo cuja lógica específica está duplamente determinada: por um lado, pelas relações de força específicas que lhe conferem a sua estrutura e que orientam as lutas de concorrência, ou mais precisamente, os conflitos de competência que nele têm lugar e, por outro lado, pela lógica interna das obras jurídicas que delimitam em cada momento

⁴ Para o início do século, ver (Venâncio Filho, 1982), para as décadas de 20, 30 e 40, ver (Miceli, 1979).

o espaço dos possíveis e, deste modo, o universo das soluções propriamente jurídicas” (Bourdieu, op. cit., 1986 pp. 3, 4)

Esta abordagem leva a considerar na análise, concomitantemente, os mecanismos de recrutamento para as diversas carreiras socialmente instituídas por ritos, símbolos, e garantias legitimadas na força do estado e as tomadas de posição doutrinárias por parte dos agentes frente ao direito. A apreensão dessas condicionantes envolve o mapeamento dos principais pólos em concorrência que se estruturam em função das hierarquias envolvendo carreiras mais ou menos prestigiadas e a relação da trajetória social dos agentes com os mais diversos usos do direito, das carreiras e da “tradição jurídica”.

Para o caso francês, (Cam, 1978),⁵ indica a relação entre diversificação escolar, social e a redefinição dos usos do direito. Ao analisar o recrutamento de juízes na França após 1968, explicita a chegada de uma “terceira idade da magistratura francesa”. Neste caso, a feminização da população de magistrados, a juvenilização e a mudança nas origens sociais dos juízes recrutados da década de 70 em diante correspondem ao crescimento na magistratura, de uma redefinição das tecnologias de decisão no sentido da preocupação com o “social” e com a “crítica” ao direito positivo tradicional.

Nestas tomadas de posição estão em jogo concomitantemente na definição do posicionamento frente ao direito, a moral religiosa, experiências políticas, e mais amplamente as predisposições para determinadas definições morais da justiça e do uso da carreira de magistrado. No caso analisado, para os magistrados identificados ao direito do trabalho está em pauta uma relação entre uma certa desclassificação social (pertencimento a uma nova fração de classe), uma certa apropriação do catolicismo, posturas políticas de esquerda e concepções de direito:

“Pode-se sugerir a este respeito muitas hipóteses: Em primeiro lugar, se pode invocar a existência de uma espécie de afinidade eletiva entre esta maneira jurídica de se posicionar sobre os problemas sociais e o *habitus* de classe das novas frações. O fato é que, no caso particular do campo jurídico, o direito do trabalho tem servido de suporte à nova moral, à fé católica e de esquerda; não é surpreendente. Historicamente a isso se prestava: matéria dominada se prestava ao uso dos dominados, o direito do trabalho que continha em si os esquemas da simbologia cristã. (rico/pobre, forte/fraco), não podia deixar de seduzir uma nova fração de classe marginal e católica, à procura de uma nova ética jurídica (Cam, op. cit., p. 23)

A diversificação social da magistratura no caso francês envolve um enfrentamento da deontologia tradicional do corpo magistral. Como exemplo pode-se tomar a fundação

⁵ Ver também sobre as oposições entre as características do “magistrado notável” e do “magistrado republicano” e as “crises” advindas do recrutamento de juízes na França, (Charle, 1993 e Mounier, 1993)

do Sindicato da Magistratura que serviu como esfera de aproximação dos magistrados com o conjunto das “lutas trabalhistas” e do Partido Socialista Francês, contribuindo para a redefinição da carreira da magistratura num sentido “social”. Esta aproximação está associada também ao fato de os “novos juizes” recrutados dependerem exclusivamente de seus salários, diferentemente dos “antigos magistrados” que complementavam seus proventos a partir de patrimônios e rendas herdadas do grupo familiar (Charle, 1993 e Mounier, 1993)

No caso brasileiro, falta uma análise mais aprofundada das relações entre a entrada dos novos agentes nas carreiras de estado e suas respectivas aspirações, disposições sociais, herdadas ou adquiridas, em sua socialização prévia a estas carreiras. Os tipos de engajamentos no movimento estudantil, as pré-disposições adquiridas do grupo familiar, bem como, a relação deste conjunto de disposições que engendram práticas e são operacionalizadas em sua relação com as condições e contextos práticos de ação.

A apreensão das relações destes bacharéis com outras esferas sociais no curso e na socialização prévia à entrada nas carreiras de estado permite, relacionar suas “propriedades de posição e de disposição”, para apreensão de certos padrões de recrutamento e de modalidades de disposições que conduzem à determinadas adesões políticas. Neste sentido se permite, no âmbito das confrontações doutrinárias, investigar as afinidades objetivas entre a posição social e a disposição, a propensão para posturas de “vanguarda” no enfrentamento ou “conservação” das regras e tradições do mundo jurídico.

3. Um exemplo de “politização do direito: A definição “alternativa” do direito

A problematização do “social” no âmbito das carreiras jurídicas tem uma de suas expressões, nas tomadas de posição que referenciadas na “sociologia jurídica” e na “filosofia do direito” protagonizam o debate em torno do “direito alternativo” ou o “uso alternativo do direito”. A origem da expressão “alternativos” no âmbito do Judiciário remonta aos movimentos de magistrados ocorridos na Itália e Espanha na década de setenta. No caso italiano, é atribuída (Andrade, 1998) ao alto número de associações de magistrados que surgem após o período fascista, principalmente no final da década de sessenta. O recrutamento para a magistratura de juizes mais jovens que não haviam passado pelo período de repressão e autoritarismo estatal do fascismo está relacionado à produção das “problemáticas sociais” no âmbito do direito.

Da mesma forma, segundo (Andrade, op. cit.), no caso italiano, as premissas do movimento estavam calcadas na descoberta da “politicidade do direito” e no comprometimento dos juizes alternativos com a “função social do direito”. A “politização”, neste caso, ocorre nas decisões judiciais legitimadas em nome de princípios constitucionais. Estes, “mais políticos e abertos, em relação ao direito codificado” (op. cit.). Neste sentido,

se forma uma oposição legítima no interior da magistratura entre decisões baseadas no “princípio da legalidade”, típico do direito identificado a uma interpretação mais restrita da lei e as alicerçadas nos “princípios gerais de direito”, identificados à visão mais “política” do direito. No segundo caso, a “abertura” permitida pelas regras constitucionais vinculadas as lutas políticas conjunturais gera uma permissividade maior para a incorporação da formação ideológica do juiz no ato de julgar. Conforme Andrade (op. cit, p. 51):

“Em realidade, essa prática extremista foi resultado de uma discussão maior, do próprio papel assumido pelos magistrados, de seu poder emblemático na sociedade civil, da própria função repressiva/ideológica do Poder Judiciário. Os membros da Magistratura Democrática para combater esta situação, colocavam como fator crucial a independência do magistrado dentro do próprio Judiciário. Esse, rigorosamente hierarquizado e burocratizado, permitia a uma ‘aristocracia’ de magistrados, membros da Corte de Cassação, ou presidentes dos demais tribunais, o exercício de poderes ditatoriais”

No caso brasileiro, a constituição de redes de relações⁶ que permitiram a configuração em primeiro lugar do “grupo dos juizes alternativos” e, em segundo lugar do “movimento do direito alternativo”, compreende várias etapas de adesão ao grupo desde os que estão ligados por relações de amizade entabuladas antes da formação do grupo, até as adesões mais periféricas por afinidades intelectuais tão-somente. A adesão formada através da circulação de textos e sentenças compreende afinidades intelectuais, cuja apreensão envolve um conjunto complexo de determinações que se estendem desde as características sociais dos agentes em pauta até as experiências, engajamentos e adesões ocorridas anteriormente a seu ingresso na magistratura. Este conjunto conforma certo grau de homogeneização no grupo permitindo afinidades, a formação e reativação de certas pré-disposições e a adesão à “práticas” de determinados usos do direito.

A articulação destas redes ocorre principalmente nos movimentos associativos⁷, e na produção intelectual compreendendo grande edição de livros e publicação de uma revista especializada. O instituto que serve como pólo aglutinador no caso brasileiro é o

⁶ Sobre a constituição do grupo e do movimento de direito alternativo no Brasil ver (Arruda jr, 1992), (Ferreira e Silva, 1995), (Carvalho, 1998) e (Biavaschi, 1998)

⁷ No manifesto de fundação do Instituto de Direito Alternativo lê-se: “O IDA não é tão somente uma instituição entre outras existentes no país de crítica ao direito vigente. Outros movimentos importantes surgiram desde a década de setenta, como “*O Direito Achado na Rua*”, sob coordenação do professor José Geraldo Sousa Júnior, O “*Ministério Democrático*”, Os “*Juizes para a Democracia, Os Juizes Alternativos*”, O “*Instituto de Apoio Jurídico Popular, O Grupo de Apoio Jurídico Popular*”, entre tantos outros coletivos que procuravam dar consecução as teorias nascidas principalmente no contexto da crítica aos desmandos jurídico-político social do regime militar”. Roberto Lyra Filho, Luiz Alberto Warat, Luiz Fernando Coelho, José Eduardo Faria, Miguel Pressburger, Roberto Aguiar, entre tantos outros procuravam criar problematizações teórico-políticas sobre o papel do direito e dos operadores jurídicos nos processos de mudança social.” A especificidade do IDA é política e teórica: seu objetivo tem sido o de buscar alinhavar/aproximar atores e instituições de caráter progressistas no Direito, provocando uma maior interlocução entre várias entidades, autores, escolas, que podem ser considerados como críticos em relação do sistema político vigente.”(Fonte, site do Instituto)

IDA- Instituto de Direito Alternativo que funciona integrado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Santa Catarina-UFSC. Este instituto representa a articulação entre os magistrados e professores do curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, o que possibilitou uma dupla legitimação do movimento, ao mesmo tempo na ação dos juizes (através de sentenças judiciais e entrevistas à imprensa), e na produção intelectual, haja vista que uma série de teses de doutorado e dissertações de mestrado foram produzidas dentro dos pressupostos das “concepções alternativas” de direito.

A produção intelectual dos juristas identificados com os movimentos alternativos tem por objetivo a reelaboração das disciplinas do “direito tradicional”. O investimento por parte deste segmento no debate intelectual reforça a hipótese de que um de seus principais recursos para a ascensão no mundo jurídico se constitui com investimentos no ensino universitário, congressos e seminários de debates intelectuais.

Um indicativo do investimento nas lutas intelectuais é representado pela abundante quantidade de publicações articuladas. O quadro a seguir mostra o intervalo de quatro anos (1991-1995) período considerado de início e auge do movimento, a grande quantidade de livros publicados, praticamente todos pela Editora Acadêmica no qual o grupo possuía influência. Segundo (Andrade, op. cit.), somente após 1993 é que outras editoras específicas começaram a editar “textos alternativos”:

Quadro com os livros identificados com a “visão alternativa do direito” publicados entre 1991 e 1995

LIVROS	TIRAGEM	DATA	ESGOTADO
Juiz alternativo e poder Judiciário	2.000	Setembro,1991	Outubro,1991
Lições de Direito Alternativo, 1	2.000	Setembro,1991	Outubro,1991
Lições de Direito Alternativo, 2	1.600	Setembro,1992	Outubro,1994
Magistratura e Direito Alternativo	3.000	Maió,1992	Outubro,1994
Mínistério Público e Direito Alternativo	3.100	Maió,1992	
Introdução à Sociologia Jurídica Alternativa	2.000	Março,1993	
Direito Alternativo na Jurisprudência	3.000	Setembro,1993	
Lições de Direito Alternativo do Trabalho	1.700	Novembro,1993	
Ensino Jurídico e Direito Alternativo	1.950	Novembro, 1993	
Razão e Racionalidade Jurídica	2.100	Abril,1994	
Revista de Direito Alternativo, 3	2.000	Outubro,1995	
Lições de Direito Alternativo Civil	2.000	Maió,1994	
Lições Alternativas de Direito Processual	1.000	Novembro,1995	

Fonte: (Andrade, 1998)

4. Considerações finais

Na proposta de análise em pauta, o caso do “movimento dos alternativos” pode ser lido como um dos tantos exemplos e processos de “politização do direito”, principalmente pela visibilidade assumida. A grande questão a investigar é quais os princípios de estruturação do espaço jurídico que dão condições para que grupos de juristas legitimem concepções e usos do direito que cada vez mais aproximam o direito da política, contra uma tradição jurídica firmada em outras bases deontológicas, práticas e epistemológicas.

As questões expostas, neste artigo, tiveram como objetivo contribuir para um esquema de análise que associe um fenômeno estrutural, representado pela diversificação social das carreiras jurídicas e um fenômeno conjuntural: A “politização do direito”. Esta, entendida como fenômeno que amplia o potencial de mediação de conflitos sociais e políticos pelo Poder Judiciário. Neste sentido, não se pretendeu esgotar o assunto, mas apenas expor algumas hipóteses explicativas, algumas já testadas no contexto francês, sobre os princípios que agem na legitimação de grupos, e usos do direito numa sociedade crescentemente diversificada.

Bibliografia

ADORNO, S. "Os aprendizes do poder". Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988

ANDRADE, L. R. de. "Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

ARANTES, R. B. "Judiciário e Política". São Paulo, IDESP. Ed. Sumaré, 1997.

ARANTES, R. B. "Direito e Política: O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. IN: *RBCS*, vol. 14, n. 39, fevereiro, 1999

ARRUDA jr, Edmundo L (org.). "Lições de Direito Alternativo vol. 2". São Paulo, ed. Acadêmica, 1992.

BANCAUD, A & DEZALAY, Y. "La sociologie juridique comme enjeu social et professionnel". In *Revue Interdisciplinaire des Etudes Juridiques*, n. 12, 1984.

BIAVASCHI, M. B. "Magistratura e transformação social: as teses coletivas dos juízes gaúchos". (dissertação de mestrado) PPGD-UFSC. Florianópolis, 1998

BOURDIEU, P. "La force du Droit: Eléments pour une sociologie du champ juridique" In: *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*. n. 64, sept. 1986.

BOURDIEU, P. Habitus, code et codification In: *Actes de la recherche en Sciences Sociales*. n. 64, sept. 1986b.

CAM, P. "Juges rouges et droit du travail" In: *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* n. 19, jan, 1978.

CARVALHO, A B. "Teoria e Prática do Direito Alternativo:". Porto Alegre: Síntese, 1998.

CASTILHO, E. V. & SADEK, M. T. "O Ministério Público Federal e a Administração da Justiça no Brasil". São Paulo, IDESP: Sumaré, 1998.

CAVALCANTI, R. B. "Cidadania e Acesso a Justiça: promotores de justiça da comunidade". São Paulo: IDESP, 1999.

CHARLE, C. "Etat et Magistrat": Les origines d'une crise prolongée". In *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, n. 96-97, mars. 1993 p. 39-48.

DEZALAY, Y. SARAT, A., e SILBEY, S. "D'une démarche contestataire à un savoir méritocratique Esquisse d'une histoire sociale de la sociologie juridique américaine." In: *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* n. 78, juin 1989.

DEZALAY, Y. & GARTH, B. "The internationalization of Palace of Wars: lawyers, economists, and the contest to transform Latin American State" (The Chicago Series in Law and Society), April, 2001

FERREIRA E SILVA, R. D. "Poder Judiciário e Hegemonia: O caso dos magistrados alternativos no Rio Grande do Sul. (dissertação de mestrado) PPGD-UFSC, Florianópolis, 1995

JUNQUEIRA, Eliane. B. "A sociologia do direito no Brasil" Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1993.

LACROIX, B. "Le politiste et l'analyse des institutions: Comment parler de la Présidence de la République. In: LACROIX, B. & LAGROYE, J. *Le Président de la République: Usages et genèses d'une institution*. Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1992.

MICELI, S. "Intelectuais e Classe dirigente no Brasil (1920-1945). São Paulo, Difel, 1979.

MOUNIER, J..P. "Du corps judiciaire à la crise de la magistrature": Les origines d'une crise prolongée". In *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, nr. 96-97, mars. 1993 p. 39-48.

SADEK, M. T. "O Ministério Público e a Justiça no Brasil". São Paulo: Sumaré: Idesp, 1995

SADEK, M. T. "Uma introdução ao estudo da justiça" – São Paulo: IDESP: Sumaré, 1995b

SADEK, M. T. "O Judiciário em Debate" – São Paulo: IDESP: Sumaré, 1995c

SADEK, M. T. & CASTILHO, E. W. V. "O Ministério Público Federal e a Administração da Justiça no Brasil" – São Paulo: IDESP: Sumaré, 1998

SADEK, M. T. "O Sistema de Justiça" – São Paulo: IDESP: Sumaré, 1999

SILVA, C. A "Justiça em Jogo: Novas Facetas da atuação dos Promotores de Justiça". São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 2001

VENÂNCIO FILHO, Alberto. “Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil, -São Paulo: Perspectiva, 1982.

VIANNA, Luiz Werneck Vianna et all. “Corpo e Alma da Magistratura Brasileira”. -Rio de Janeiro: Revan, 1997. 2ª ed.

VIANNA, Luiz Werneck Vianna et all “A judicialização da política das relações sociais no Brasil”, Rio de Janeiro, Revan: setembro de 1999.

Ainda Sobre as Diversas Eficácias e Efeitos da Sentença

Fernando Sá
Advogado em Porto Alegre

Sumário: 1. Introdução. Liebman e Carnelutti. 2. Vagueza dos termos, eficácia e eficácia da sentença. 3. A curiosidade despertada a partir das idéias de Pontes de Miranda. 4. As idéias de Ângelo Falzea. 4.1. Prolegômenos. 4.2. Conceituação de eficácia. 5. Nosso entendimento. 6. O problema das sentenças declaratórias, ainda sob Ângelo Falzea. 7. Conclusão.

1. Introdução. Liebman e Carnelutti

A despeito das muitas reflexões realizadas sobre as significações da linguagem natural e dos expressivos avanços alcançados neste sentido pela Filosofia da Linguagem Ordinária¹, o real significado do termo *eficácia*, e o da expressão corolária, *eficácia da sentença*, teima em permanecer em brumas.

Aparentemente, a histórica batalha doutrinária travada entre Carnelutti e o então jovem professor Liebman, sobre o tema e a categoria também correlatada da coisa julgada só fez adensar a névoa, tornando ainda menos perceptível a distinção entre os termos *eficácia* e *efeitos* da sentença.

De fato, como por todos sabido, de um lado Liebman colocou a *eficácia natural da sentença* como a aptidão de produzir *efeitos*, e atribuiu à coisa julgada a especial qualidade dos *efeitos* que toda a sentença tem.

¹ Luis Alberto Warat, in *O Direito E Sua Linguagem*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995, 2ª ed. pp. 65 e ss. esp. 76]

Carnelutti, a seu turno, quer a *eficácia* como o *efeito* criativo do direito concreto e a imutabilidade da coisa julgada como a estabilidade da sentença não mais sujeita a recursos².

2. A vagueza dos termos, eficácia e eficácia da sentença.

A vagueza natural do vocábulo, *eficácia*, mais acentuada fica, quando é o próprio Código de Processo Civil [art. 467] quem denomina de coisa julgada material a *eficácia* que torna imutável e indiscutível a sentença, em nada contribuindo, pois, ao esclarecimento de seu significado.

A imprecisão do termo, e até mesmo da exata representação que se faz da locução *eficácia da sentença*, torna-se ainda maior quando se nota, através da pena de jurista de tomo, em sua conceituação de tutela jurisdicional, a idéia de que seja esta a produção de *efeitos* exteriores ao processo.³

Embora prossigamos considerando que a vagueza denotativa do termo *eficácia* encontre limites mais precisos no uso pragmático da linguagem comum, vale dizer, no contexto verbal em que esteja inserida, nenhum mérito maior se almeja com esta breve digressão, senão o de externar as conclusões a que se chegou após havermos lido, e dele extraído o que nos pareceu a idéia-matriz, o magnífico ensaio da lavra de Angelo Falzea, sobre a *Efficacia Giuridica*, na Enciclopedia del Diritto [Varese, Giuffrè Editore, 1965, vol. XIV].

3. A curiosidade despertada a partir das idéias de Pontes de Miranda

Em verdade, a curiosidade a respeito do tema foi despertada a partir das primeiras linhas do vol. 4, do *Tratado de Direito Privado*, quando Pontes de Miranda declara que a *eficácia* são os *efeitos* que se irradiam do ato jurídico que se deseja eficiente.⁴, mesmo porque e em tom de blague, em nenhuma ocasião nos deparamos com expressão contrária, isto é, a de que *efeitos* possam irradiar *eficácias*.

² Cândido Rangel Dinamarco, in *Fundamentos do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2000, 3ª ed. vol. I, pp. 293-296.

³ A idéia é retirada das lições do autor Cândido Rangel Dinamarco em sua obra já aludida, vol. II. pp. 811 e ss. esp. 812, ao ministrar que “A tutela é o resultado do processo em que essa função se exerce. Ela não reside na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre as essoas”.[grifo do a.]

⁴ Pontes de Miranda, in *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, 3ª ed., vol. 4, § 356, p. 3] Nas palavras do mestre [sic] “Para que o ato jurídico possa valer, é preciso que o mundo jurídico, em que se lhe deu entrada, o tenha por apto a nele atuar e ermanecer. É aqui que se lhe vai exigir a eficiência, quer dizer – o não ser deficiente; porque aqui é que os seus efeitos se terão de irradiar (eficácia)”. [grifos do a.]

Sem embargo, a toda evidência, é uníssona a consciência da comunidade jurídica sobre a real conotação, e das possíveis denotações, a respeito da locução *efeito jurídico*, algo que, no entanto, longe está de se poder afirmar acerca de *eficácia*, que cambia, polissêmica, segundo a liberdade estética e o domínio literário que possua autor privilegiado sobre as regras do uso desses vocábulos e locuções.

Talvez seja por isso também que, a propósito, a primeira imagem que nos colhe o espírito é a de um disparo de canhão, querendo com isso representar que o petardo, após sua trajetória, ao atingir o alvo, explodindo, é eficiente, donde, pois, a *eficácia*, e daí seus *efeitos*. Caso não explodir, é deficiente, portanto ineficaz, deixando de produzir os esperados *efeitos*.

Grosso modo, a imagem valeria para quatro das cinco eficácias enunciadas pelo mestre Pontes de Miranda [constitutiva, condenatória, executiva e mandamental] que são hoje inequivocamente admitidas como naturais à sentença, exceto a quinta, a declaratória, também natural, pois apresenta peculiaridades próprias e uma aparente contradição em termos anotada e, a nosso juízo, logo brilhantemente desfeita, pelo citado jusfilósofo italiano Angelo Falzea.

4. As idéias de Ângelo Falzea.

4.1. Prolegômenos

À partida colocamos, seguindo doravante os passos do autor, que as várias doutrinas acerca de a teoria da *eficácia jurídica* – que acreditamos válida também para a apreensão extensiva do significado da locução, *eficácia da sentença* -, encontram-se na dogmática do Direito, insetilmente ligadas à teoria dos efeitos jurídicos, “*che va derivata dalla nozione di norma e contrapposta alla nozione di fatto*”⁵.

Donde se depreende que a tarefa de precisar a significação do termo não se apresenta sem empecilhos sérios a transpor, fazendo-se necessário a utilização de definições ou designações auxiliares ou aclaratórias.

Assim recorre o autor, no estudo sobre a *eficácia jurídica*, a par a norma e o fato, a outras categorias jurídicas, como a *situação jurídica*, sobremaneira à *figura do dever*, que particularmente nos interessa; ao *tempo do efeito*⁶ e à teoria da *transformação jurídica*, isto é, a transformação ocorrida pelo efeito no tempo.

⁵ Angelo Falzea, ob. cit., § 25, p. 464.

⁶ Idem, ibidem. O autor ainda faz notar que, aqui, “*non è tanto il tempo della sua realizzazione effettiva quanto il tempo logicamente e cronologicamente anteriore della sua posizione prospettica*”.

As idéias ora expostas são as do autor. Advertimos haver feito uso extenso de suas próprias palavras, visto não termos alcançado sucesso em nos despegar por inteiro do texto original, como seria academicamente desejável, tampouco de encontrar outras melhores que viessem a expressar com a mesma adequação e clareza seu pensamento.

Nosso intento, como acentuado, foi tão-somente o de inferir da leitura a apreensão do que Falzea tem por *eficácia* e daí então, como subproduto, vir a dessumir o sentido da expressão, *eficácia da sentença*, e os *efeitos* dela irradiados.

Para Falzea a base da teoria dogmática sobre a eficácia recai na noção de norma jurídica, cujo ponto de partida de sua construção doutrinária reside no valor, ou, *per usare un termine più diffuso tra i giuristi*, o interesse.⁷

Para cada norma jurídica, deixa sinalado, existe um valor também jurídico correspondente em que restará especificado o *interesse da comunidade jurídica*. Na grande maioria dos casos, um valor jurídico determinado não é admitido incondicionalmente em um sistema de valores, senão sob a condição de que anteriormente se haja produzido um *fato* ou um complexo de fatos.

Tirante certas peculiaridades, a norma se configura como uma proposição hipotética ou condicional, e, em face disso, surgem três componentes lógicos: a proposição *condicionante*, a proposição *condicionada* e a relação de causalidade, sendo as duas primeiras *proposições temporais*.⁸

À teoria da norma conecta-se tradicionalmente a definição de *efeito jurídico*, que, para existir, pressupõe uma relação de condicionalidade, onde o condicionante é um antecedente de fato e o condicionado um valor jurídico.⁹ O *efeito* da norma não é nem o simples *valor*, nem o simples *fato*, e sim o *valor atribuído ao fato*.¹⁰

O que importa salientar é que nos mais diversos efeitos, o atributo de valor é genérico e sempre o mesmo, no que reside o *interesse* fundamental da *comunidade jurídica*, “o ponto de confluência unitário de todos os valores do sistema.”¹¹

⁷ Idem, ob. cit. § 31, p. 470.

⁸ Idem ibidem, p. 471

⁹ Idem, ibidem, § 32, p. 472.

¹⁰ Idem, ibidem, § 33, p. 473.

¹¹ Idem, ibidem, p. 473.

É a partir daqui, ao dar início ao parágrafo 34 de seu ensaio, quando analisará o confronto entre fato jurídico e a componente de fato do efeito jurídico¹², que Angelo Falzea perpassa às agudas observações que nos auxiliaram a afastar a imprecisão do termo *eficácia*.

Segundo ele, fato jurídico e componente de fato do efeito jurídico têm a mesma estrutura lógica fundamental; cada uma referida a seu próprio *tempo*, dando lugar, portanto, a uma situação temporal.

Prossegue notando que entre essas duas situações temporais subsiste a relação axiológica, ou seja, a situação que faz entrar o fato jurídico na *dimensão do tempo*, caso o evento se verifique, no que se constitui então, para a *comunidade jurídica*, uma *exigência* ou um *problema* prático.

Daí a procura prosseguida pela comunidade jurídica de uma *satisfação* para a exigência e de uma *solução* para o problema. Somente encontrar-se-á *satisfeita* a exigência e o problema prático *resolvido*, face à outra situação, ou seja, àquela que faz entrar a componente de fato do efeito jurídico, no tempo.¹³

Chegados a este ponto e estando de posse das definições ou designações auxiliares feitas e estabelecidas, poderemos então mais facilmente depreender, já agora do exame da categoria da *situação jurídica*, na seção III do ensaio, a conceituação de *eficácia*, a nosso sentir deixada implícita por Falzea, quando discorre sobre a *figura do dever*¹⁴.

4.2. Conceituação de *eficácia*.

Deveras, foi somente ao lermos essa descrição que nos apercebemos, a final, da fina, sutil e permanentemente abstrata significação jurídica, em contraponto à perene objetividade do termo *efeito*, que a palavra da linguagem natural *eficácia* tem para a Teoria Geral do Direito.

O texto a seguir, em homenagem à importância que lhe emprestamos, e, sobretudo, à clareza das idéias do eminente jurista italiano, é uma tradução livre das passagens mais expressivas de sua exposição. Não se encontram os parágrafos, entre

¹² Idem, ibidem, § 34, p. 473. Falzea indica para uma representação lógico-formal do efeito jurídico "il valore generico deve figurare logicamente come una costante, i fatti specifici non potranno essere espressi logicamente se non come variabili [...] è opportuno adesso mettere a confronto col fatto giuridico non più l'intero effetto giuridico, ma la sola componente di fatto dell'effetto, distinta e idealmente isolata dalla componente di valore" [grifamos].

¹³ Idem, ibidem, p. 473.

¹⁴ Idem, ibidem, § 37, p. 477.

aspas, como prescreve as boas regras da comunicação da prosa moderna, por mero detalhe, ou por capricho.

Isto posto, acentua o ilustre ensaísta que entre as duas idéias, de situação jurídica e de efeito jurídico, existe um estreito nexó; basta que o efeito jurídico se concentre em certos sujeitos que cumpram, ou que acolham os atos de outros sujeitos, para que se produza uma situação jurídica.

Em todo o efeito jurídico vem considerada e avaliada uma situação do mundo em função de algum interesse fundamental que é o da comunidade jurídica.

O pressuposto da avaliação é que, num determinado tempo, cumpra-se uma *fattispecie* juridicamente definida. Sob essa condição específica cuida-se avaliar, em face do sistema total dos interesses tutelados pelo direito, o valor que a situação assume no tempo subsequente, isto é, no futuro.

Um especial valor é assumido pela situação, com determinado suporte fático, que se demonstra, assim, necessária para a tutela do sistema dos interesses jurídicos.

A situação realmente assume um valor necessário, no momento em que a ordem jurídica já se encontra a ponto de estabelecer, no tempo dado em que a *fattispecie* ocorre, se e somente se, no tempo subsequente, o interesse da comunidade jurídica está satisfeito por ter a situação ocorrido.

Ora, diz o autor, é demonstrável que em toda a norma jurídica o efeito jurídico contém *in nuce* uma avaliação de necessidade. É óbvio que em face de um efeito determinado nem todas as situações serão sindicadas como necessárias. Mas aí pelo menos uma haverá, cuja necessidade está colocada na posição do próprio efeito, e esta será a situação em que, ao se verificar, satisfaz, e ao não se verificar deixa insatisfeito aquele particular interesse da comunidade jurídica definido pelo efeito.

Por exemplo, em um contrato de mútuo, a situação temporal na qual se cumpre o pagamento da soma mutuada, no tempo estabelecido, é a situação, que, em se verificando, satisfaz e, ao revés, permanece insatisfeito o interesse da comunidade jurídica, precisamente porque esta situação é sindicada como necessária pelo direito.

Bem entendido, cura-se de uma necessidade axiológica e não de uma necessidade física; duma necessidade que exsurge do ordenamento jurídico e não do mundo físico. Vê-se, pois, que em toda a norma existe uma necessidade axiológica imediatamente ligada ao efeito da norma. Toda a norma particular define, no próprio efeito, um particular interesse da comunidade jurídica, donde existir uma situação necessária para a satisfação deste interesse.

5. Nosso entendimento.

Eis pois aqui o que consideramos como sendo a conceituação do termo eficácia. Esse fenômeno jurídico, através do qual o Direito se realiza, é aquele instante da situação jurídica, quando um especial interesse, tido como necessário pela comunidade jurídica, passa à concreção de determinada *fattispecie* posta na hipótese legal para que se cumpra o efeito jurídico nela valorado e pretendido.

Trata-se de uma necessidade axiológica, e não de uma necessidade física, com vimos. Vale dizer, toda norma jurídica define, no próprio efeito, o interesse pretendido existir pela comunidade jurídica, e, por conseguinte, uma situação de *possibilidade necessária* que satisfaça este interesse e efetivamente garanta sua tutela.

É, enfim, aquele momento fugaz, abstrato, imaterial, decorrente de um ato¹⁵, mas que antecede o efeito, ou os efeitos, estes sim objetivos, materiais.

Foi nesse sentido que, e por isso mesmo, em trabalho anterior consideramos que a sentença comportava uma só eficácia e, em seu conteúdo, vários efeitos, exatamente como na imagem metafórica do disparo de um canhão, trazida ao darmos início à digressão.

6. O problema as sentenças declaratórias, ainda segundo Ângelo Falzea.

Valeria, no entanto, a conceituação a que chegamos também para as sentenças declaratórias? Dificilmente, mas é ainda a Angelo Falzea a quem nos socorremos para iluminar o caminho na tentativa de elucidar este quê de mistério a envolver algumas situações jurídicas e a provocar dores de cabeça em eminentes processualistas. Para tanto precisaremos volver algumas páginas e depois avançar sobre outras neste fantástico *saggio*.

Quando analisa o efeito, no confronto entre fato e a componente de fato do efeito jurídico, a que já nos referimos, Falzea observa que ambos temporalmente se distinguem, muito embora o conteúdo e a estrutura tendam à identidade.

Essa distinção torna-se mais patente quando o fenômeno cuida de normas de transformação [constituição, modificação e extinção], em que a situação originária na qual o fato jurídico se produz seja mais ou menos alterada.¹⁶

¹⁵ Idem, ibidem, § 34, p. 474, o autor, ao apontar as diferenças entre fato jurídico e componente de fato do efeito jurídico, não deixa ao mesmo tempo de observar que o fato jurídico pode ser, ou não, um ato. Segundo ele "*Si tratta di eventi che, almeno nella loro normalità, non dispendono dalla volontà umana. Invece, la componente di fatto dell'effetto giuridico è sempre e necessariamente un atto.*"

¹⁶ Idem, ibidem, § 34, p. 474.

Lembra então que para a doutrina tradicional a eficácia jurídica pode apenas se referir às três formas conhecidas de transformação, embora já de algum tempo venha sendo debatida a necessidade de se encontrar uma explicação adequada para um tipo de eficácia distinta daquelas.

O debate se põe relativamente à capacidade, ou não, de certos fatos, que a despeito de serem incontestavelmente jurídicos, poderem produzir situações jurídicas novas, como, v.g. a sentença.

Como a função institucional duma decisão judicial muitas vezes é tão-somente a de declarar que a situação jurídica nova deve ser mantida e conservada tal qual a pré-existente, não se pode, a despeito disso negar que esse fato não dispõe do mesmo tipo de eficácia semelhante àquela atribuído ao fato constitutivo. Residiria aí, então, o paradoxo da eficácia da sentença declarativa¹⁷.

Afinal, cabe perquirir, como poderia “um fato que não produz inovação no estado jurídico pré-existente e cujo fim específico é o de manter inalterada a situação jurídica sobre a qual incide, vir a distinguir-se de um fato irrelevante, já que por definição são juridicamente irrelevantes os fatos que não trazem novidades ao mundo do direito?”¹⁸

De pronto responde ser o paradoxo meramente aparente. O que existe de diverso entre os fatos declarativos ou conservativos daqueles ditos transformativos é o tipo de novidade introduzida por qualquer um deles no mundo jurídico.

A explicação inicia-se pela observação de que estes últimos pertencem à categoria das transformações externas, alterando-se, “de forma mais ou menos substancial a situação jurídica considerada”.¹⁹

Elucida o problema de como poderia ocorrer uma transformação em determinada situação jurídica sem alterar-lhe o conteúdo, utilizando-se de uma argumentação que procuraremos ora resumir.

Tendo em linha de conta que toda a situação jurídica é essencialmente temporal, isto é, resolve-se no tempo, por via de consequência, pode ocorrer que “a transformação chegue a um evento novo, incompatível com o esquema da situação jurídica pré-existente, pela alteração de elementos essenciais, objetivos e subjetivos.”²⁰

Assinala contudo, e aqui o ponto, que pode dar-se também que a transformação ocorrida no tempo seja totalmente compatível e coerente com a anterior, não havendo

¹⁷ Idem, *ibidem*, § 50, p. 492-493.

¹⁸ Idem, *ibidem*, p. 494

¹⁹ Idem, *ibidem*, p. 494

²⁰ Idem, *ibidem*, p. 494

sido modificado o conteúdo essencial nem estrutural da situação jurídica considerada, que permanece inquestionavelmente a mesma.

Desta sorte, realmente a imagem inicial invocada fica a dever quanto à eficácia declarativa, pois exigiria um esforço intelectual inútil, em nada contribuindo para o entendimento procurado. Afinal, sobre o que de positivo haveria de declaratório em uma explosão, senão a acaciana e ridícula declaração de haver produzido um estrondo! Por outro lado, nosso objetivo sempre foi, confessadamente, o de intentar reduzir a vagueza do termo, extraindo deste fantástico ensaio de Angelo Falzea as preciosidades que ele tão prodigamente esbanjou.

7. Conclusão.

Ao fim e ao cabo, gostaríamos de recordar, com Luis Recaséns Siches, que naquilo que nos acostumamos denominar de “aplicação do Direito”, o que lhe sobrevem é tão importante e necessário que somente poderemos compreender o que realmente ele seja, senão através dos *efeitos* que produza sua aplicação sobre as realidades humanas existentes.²¹

Com Recaséns, “una norma jurídica es lo que ella hace. Si una norma jurídica no opera real y *efectivamente*, no puede ser llamada Derecho, pues se reduce a ser un mero pedazo de papel o unas voces en el desierto.”²²[grifamos].

Assim também a sentença, que dá curso ao ordenamento positivado pelo legislador no momento da interpretação e aplicação da norma, seria um mero *flatus voces*, caso as valorações criadas pelo órgão jurisdicional, sobre o particular, deixassem de carregar em si a *eficácia* pretendida pelo Direito, produzindo os *efeitos* aguardados pela comunidade que o observa e o quer respeitado.

Com isso, dar-nos-íamos por satisfeitos caso o excurso tenha alcançado o objetivo colimado, fazendo com que o leitor possa agora apreender a idéia abstrata e tão importante à compreensão do fenômeno jurídico, indiscutivelmente constituído por *eficácia* e por *efeitos*.

Porto Alegre, 28 de novembro de 2001.

Rua Quintino Bocaiúva, 694, conj. 502/503.

²¹ Luis Recaséns Siches, in *Experiencia Jurídica, Naturaleza De La Cosa y lógica ‘Razonable’*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, p. 537.

²² Idem *ibidem*, p.537.

BIBLIOGRAFIA

DINAMARCO, Cândido Rangel: *Fundamentos do Processo Civil*, São Paulo, Malheiros, 2000, 3ª ed., vol. I.

FALZEA, Angelo: *Efficacia Giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, Itália, Giuffrè Editore, 1965, vol. XIV.

MIRANDA, PONTES: *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, 3ª ed., vol. 4.

SICHES, Luis Recaséns: *Experiencia Jurídica, Naturaleza de la Cosa y Lógica "Razonable"*, UNAM, 1971.

WARAT, Luis Alberto: *O Direito E Sua Linguagem*, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1995, 2ª ed.

Introdução ao Sistema Interamericano de Promoção e Proteção dos Direitos Humanos

Ignacio J. Alvarez M.¹

INTRODUÇÃO

O sistema interamericano de direitos humanos é um sistema regional de proteção dos direitos humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), que coexiste com o sistema universal de direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU).

Em uma rápida retrospectiva de sua história, podemos indicar que durante a Nona Conferência Interamericana de Estados Americanos, realizada em Bogotá em maio de 1948, os Estados Americanos adotaram a “Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem”.

Em 1959, a Quinta Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores dos países membros da OEA aprovou uma Resolução através da qual se criava a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão”, ou “Comissão Interamericana” ou “CIDH”), encarregada de promover o respeito daqueles direitos.

Em 1965, a Segunda Conferência Interamericana modificou os estatutos da CIDH autorizando-a, entre outras coisas, “a examinar as comunicações que lhe sejam dirigidas e qualquer informação disponível, para que se dirija ao governo de qualquer dos Estados americanos com o objetivo de obter as informações que considere pertinentes e para que lhes formule recomendações, quando considere apropriado, a fim de tornar mais efetiva a observância dos direitos fundamentais”.²

¹ Advogado, Universidad Católica Andrés Bello (Caracas). Especialista em Direito Processual, Universidad Central de Venezuela (Caracas). Master em Direito Internacional, American University (Washington, D.C). Advogado da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA. O autor agradece o apoio institucional da CIDH. Este artigo reflete a opinião do autor e não da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) nem da OEA.

² OEA, Documentos Oficiais OEA/Ser.C/. 13, 1965, pág. 33 e 35.

Posteriormente, a OEA efetuou mudanças em sua Carta com o Protocolo de Buenos Aires, que entrou em vigor em 1970, e modificou o status jurídico da Comissão, que passou de “entidade autônoma” a um dos principais órgãos da Organização.

Em 1969, os Estados Americanos adotaram em São José, Costa Rica, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como “Pacto de São José” (doravante denominada “Convenção” ou “Convenção Americana”). A Convenção, que entrou em vigor em 1978, é mais longa que a maioria dos instrumentos internacionais de direitos humanos, e a lista de direitos que protege é mais longa que a Convenção européia. Muitas de suas disposições estabelecem garantias mais avançadas que a Convenção Européia ou o Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos.

A Convenção Americana estipulou também a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte” ou “Corte Interamericana”).

O Brasil ratificou a Convenção Americana em 1992 e aceitou, em 1998, a competência contenciosa da Corte Interamericana como órgão encarregado de questões pendentes de solução judicial.

O capítulo I da Convenção Americana trata dos principais deveres dos Estados Partes do tratado:

Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes se comprometem a adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos assinalou que como consequência da obrigação de garantir a toda pessoa sujeita a sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção, tratado no artigo 1 (1) transcrito anteriormente, os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, além disso, o restabelecimento, se possível, do direito violado e, neste caso, a reparação dos danos causados pela violação dos direitos humanos.³

³ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velázquez Rodríguez, sentença de 29 de julho de 1988, pará. 177. (tradução não oficial).

Além da Convenção Americana, os Estados membros da OEA adotaram vários instrumentos relativos aos direitos humanos. O primeiro deles é a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, que entrou em vigor em 1987, e ratificada pelo Brasil em 1989. Posteriormente, durante a Assembléia Geral da OEA de 1988, foi adotado um Protocolo Adicional à Convenção Americana, conhecido como Protocolo de São Salvador. Tal Protocolo, relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, entrou em vigor em 1999 e foi ratificado pelo Brasil em 1996.

Em junho de 1990 foi adotado, no âmbito da OEA, outro Protocolo Adicional à Convenção Americana, chamado “Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Relativo à Abolição da Pena de Morte”, que entrou em vigor em 1991 e foi ratificado pelo Brasil em 1996. Durante a Assembléia Geral da OEA de 1994 foram aprovados outros dois tratados sobre direitos humanos: a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, que entrou em vigor em 1996, e a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), que passou a vigorar em 1995, mesmo ano em que o Brasil ratificou o instrumento.

Como se pode observar, o sistema interamericano de direitos humanos vem evoluindo desde 1948 até os dias de hoje, com a criação de diferentes órgãos e instrumentos internacionais de direitos humanos. Aachamos que hoje em dia já se pode afirmar que existe uma estrutura jurídica adequada e órgãos com a devida faculdade para aplicá-la.

Nesta oportunidade, em vez de fazer uma análise detalhada dos direitos humanos consagrados em cada um dos instrumentos interamericanos anteriormente mencionados, me concentrarei nos órgãos encarregados de velar pela promoção e proteção dos direitos consagrados naqueles tratados (Comissão Interamericana e Corte Interamericana),⁴ e nos diversos mecanismos de trabalho através dos quais desempenham suas funções.

1. A COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Conforme estabelece o artigo 1 do Estatuto da CIDH, de acordo com a carta da OEA, “a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um órgão da Organização dos Estados Americanos criado para promover a observância e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria”.

A Comissão, com sede em Washington, D.C., Estados Unidos da América, é integrada por sete membros propostos pelos países membros da Organização dos Estados Americanos e eleitos pela Assembléia Geral da OEA. Eles têm um mandato de quatro anos e podem ser reeleitos por um período adicional. Os membros elegem anualmente entre eles sua diretoria, formada por um Presidente e dois Vice-presidentes. A Comissão realiza a cada ano dois períodos ordinários de sessões, e entre um e três períodos extraordinários de sessões.

⁴ Tais órgãos têm competência “para conhecer os assuntos relacionados ao cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes” na Convenção Americana sobre Direitos Humanos

Também faz parte da Comissão uma Secretaria Executiva, formada por um Secretário Executivo, um Secretário Executivo Adjunto, os advogados e pessoal administrativo necessário para o cumprimento de suas funções. A Secretaria Executiva funciona de forma permanente na sede da CIDH.

A fim de atingir seus objetivos de promoção e proteção dos direitos humanos, a CIDH desempenha uma série de funções no âmbito da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do Estatuto da CIDH e do Regulamento da CIDH.

1.1 Casos Individuais

Uma das funções mais importantes da CIDH é a atenção a casos individuais onde se denuncia que um determinado país violou, em prejuízo de alguma pessoa, um direito consagrado na Declaração Americana, na Convenção Americana ou em outros instrumentos dos direitos humanos.

Conforme o artigo 33 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana e a Corte são competentes para “conhecer os assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados Partes nesta Convenção”.

Nesse conjunto de idéias, os agentes do Estado, como policiais e juizes, por exemplo, podem fazer com que o Estado incorra em responsabilidade internacional quando seus atos impliquem em violações dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana, pois isso leva à falta de cumprimento, pelo Estado, de sua obrigação consagrada no artigo 1 da Convenção, o de respeitar e garantir a toda pessoa sujeita à sua jurisdição os direitos reconhecidos em tal instrumento.⁵

Com relação a quem pode apresentar denúncias à Comissão, o artigo 44 da Convenção assinala que “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte”.⁶

Além disso, é importante assinalar que a Comissão e a Corte não são competentes, em geral, para receber denúncias de violações cometidas contra pessoas jurídicas. Isso porque, segundo o artigo 1 da Convenção Americana, as obrigações dos Estados Partes ligadas a tal instrumento são assumidas com relação a seres humanos e não a pessoas jurídicas, morais ou abstratas.⁷

Conforme o artigo 46 (1) da Convenção, para que a Comissão possa aceitar uma denúncia é necessário “que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos”.

(doravante denominada “Convenção” ou “Convenção Americana”), e em outros instrumentos interamericanos de direitos humanos.

⁵ Também pode ser gerada responsabilidade internacional quando uma violação não tenha sido cometida por um agente do Estado, mas o Estado não investiga adequadamente os fatos nem castiga os responsáveis. A respeito, ver: Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, ob. Cit.

Este requisito se explica em virtude do caráter subsidiário que o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos tem em relação à proteção a ser proporcionada pelos Estados. Por isso, os Estados têm a faculdade, que se constitui por sua vez em uma obrigação, de tratar de resolver a nível interno uma situação envolvendo violações dos direitos humanos, antes de se verem expostos a um processo internacional. Tais recursos internos devem estar voltados a “investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, além disso, o restabelecimento, se possível, do direito violado, e, por outro lado, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos”.⁸

A Corte Interamericana assinalou que o artigo 46 (1) da Convenção menciona os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos, e que tais princípios não se referem apenas à existência formal de tais recursos, mas também que estes sejam adequados e efetivos. *Que sejam adequados* significa que a função desses recursos, dentro do sistema do direito interno, seja idônea para proteger a situação jurídica infringida; enquanto *que sejam efetivos* quer dizer que sejam capazes de produzir o resultado para o qual foram concebidos.⁹

Muito bem, a Convenção contemplou em seu artigo 46 (2) certas exceções ao requisito de esgotamento dos recursos internos, que são as seguintes:

- a. Não existir na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;
- b. Não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los, e
- c. Houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

Em tais casos, a Comissão tem competência para conhecer as denúncias que lhe são submetidas, mesmo quando os recursos da jurisdição interna não tenham sido esgotados.

Outro requisito relativo aos casos individuais é o relativo ao prazo de apresentação da denúncia à CIDH. O artigo 46 (1) (b) da Convenção estabelece que a petição ou denúncia deve ser apresentada à CIDH dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que “o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva” que esgotou os recursos internos. Logicamente, e por disposição do mesmo artigo, quando houver exceção ao esgotamento dos recursos internos, não se exige o mencionado prazo para apresentação.

A Convenção estabelece, também em seu artigo 46, que outro dos requisitos para a admissibilidade é que a matéria da petição não esteja pendente de outro processo de solução internacional. Poderíamos dizer que este requisito se refere primordialmente a que não

⁸ O artigo 45 da Convenção diz também que em determinados casos um Estado pode denunciar a outro na CIDH.

exista um processo paralelo perante o Comitê de Direitos Humanos criado em virtude do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no âmbito da Organização das Nações Unidas,¹⁰ nem que tenham sido denunciadas as mesmas violações submetidas ao conhecimento da CIDH.

O artigo 46 (1) (d) da Convenção estabelece que a petição deve conter “o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição”. Por outro lado, o artigo 28 do Regulamento da CIDH amplia tais requisitos de forma. As denúncias podem ser apresentadas à Comissão em qualquer dos idiomas de trabalho da OEA (português, espanhol, francês ou inglês).

Quanto ao processo de tramitação das denúncias, podemos afirmar que na CIDH ele é bem menos rígido que o dos processos nacionais. Esse processo se encontra estabelecido nos artigos 48 a 50 da Convenção, e nos artigos 26 a 48 do Regulamento da Comissão.

A denúncia junto à CIDH é apresentada à Secretaria Executiva da Comissão, em Washington.¹¹ Isso pode ser feito através de correio normal ou eletrônico, por fax ou pessoalmente. Uma vez recebida a petição, a Secretaria da Comissão acusa o recebimento da petição ao denunciante, e realiza um estudo preliminar a fim de determinar se a petição atende aos requisitos de admissibilidade antes mencionados.

Se faltar algum requisito ou se for necessário esclarecer algum dos fatos alegados, o peticionário é notificado. Uma vez concluída esta análise preliminar, a Comissão rejeita uma porcentagem importante das petições que recebe, quando durante a revisão preliminar surgem claramente elementos indicando que a petição é inadmissível.

Quando a Comissão decide que existem os dados suficientes para tramitar a petição, após sua revisão preliminar, comunica ao Estado a petição, solicitando-lhe apresentar resposta num prazo de 60 dias. Também nesse momento se informa ao peticionário do início formal dos trâmites ligados à sua petição.

Com relação às provas existe, em geral, o princípio de liberdade probatória, e tanto a Comissão como a Corte reconhecem o mérito com base nas regras de avaliação. A Corte Interamericana assinalou a respeito que “os critérios de apreciação do mérito da prova em um tribunal de direitos humanos se revestem de características especiais, pois a determinação da responsabilidade internacional de um Estado por violação dos direitos da pessoa humana dá ao Tribunal uma maior amplitude na apreciação da prova testemunhal a ele entregue sobre os fatos pertinentes, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência”.¹² A Corte assinalou também que “a prática dos tribunais internacionais e internos demonstra que a prova direta, seja documental ou através de depoimentos, não é a única que pode legitimamente ser considerada para dar fundamento à sentença. A prova circunstancial e os indícios, podem ser usados sempre que deles possam ser inferidas conclusões consistentes com os fatos”.¹³

⁷ O artigo 1(2) da Convenção Americana dispõe que: “Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, ob. cit., parág. 177.

⁹ Id.

¹⁰ O Comitê de Direitos Humanos foi criada pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, e sua competência foi ampliada pelo Protocolo Facultativo do Pacto, ambos aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, entrando em vigor em 23 de março de 1976.

O passo seguinte é que a CIDH se pronuncie, mediante relatório, sobre a admissibilidade ou não da petição. Se a Comissão declara a inadmissibilidade da petição, tal decisão põe fim ao processo. O relatório de inadmissibilidade é publicado e incluído no relatório anual da CIDH à Assembléia Geral da OEA.

Se a Comissão declara a petição admissível, esta é registrada, lhe é designado um novo número, e se inicia o processo sobre os aspectos de fundo. O processo tem andamento, mas o relatório de admissibilidade é divulgado de imediato, e também publicado no relatório anual da CIDH à Assembléia Geral da OEA.

Durante a tramitação de um caso individual pode ter lugar a realização de uma audiência oral perante a Comissão. O processo na CIDH pode culminar com o mencionado relatório de inadmissibilidade, com o arquivamento do caso, com um relatório de solução amigável, com um relatório público sobre os méritos do caso, ou com o envio do caso à Corte.

Segundo o artigo 30 (6) do Regulamento da Comissão, esta pode decidir arquivar o caso quando se verificar que não existem ou subsistem os motivos da petição.

O processo na CIDH pode culminar também com um relatório de solução amigável, que ocorre quando as partes, com a aprovação da Comissão, chegam a um acordo, que normalmente inclui o reconhecimento de responsabilidade por parte do Estado, investigação dos fatos denunciados e medidas de reparação às vítimas ou a seus herdeiros.

Todavia, o mais comum é que o processo termine com um relatório da Comissão relativo aos aspectos de fundo, no qual a CIDH determina se o Estado violou ou não os direitos humanos da suposta vítima e, se for determinado que houve violações, efetua suas recomendações ao Estado, normalmente relativas à investigação de responsabilidades pelos fatos ocorridos e às medidas de reparação em favor da vítima ou de seus familiares.

A Corte Interamericana assinalou, com respeito às recomendações emitidas pela Comissão, que “em virtude do princípio de boa fé, consagrado no mesmo artigo 31.1 da Convenção de Viena, se um Estado assina e ratifica um tratado internacional, especialmente em se tratando de direitos humanos, como é o caso da Convenção Americana, tem a obrigação de realizar seus melhores esforços para aplicar as recomendações de um órgão de proteção como a Comissão Interamericana que é, além disso, um dos órgãos principais da Organização dos Estados Americanos, que tem como função ‘promover a observância e a defesa dos direitos humanos’ no Hemisfério (Carta da OEA, artigos 52 e 111)”.¹⁴

Nesta ordem de idéias, o relatório inicial da Comissão é remetido ao Estado de maneira inicialmente reservada, ao qual se dá, em primeiro lugar, a oportunidade de cumprir com as recomendações da CIDH. Em tal oportunidade, o Estado pode cumprir as recomendações da Comissão ou submeter o caso à Corte Interamericana.¹⁵

¹¹ Na página Internet da CIDH (www.cidh.oas.org) aparece um formulário de apresentação de denúncias.

¹² Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Castillo Páez, sentença de 3 de novembro de 1997, parág. 39.

Com relação à etapa seguinte do processo perante a Comissão, o artigo 51 da Convenção dispõe o seguinte:

1. Se no prazo de três meses, a partir da remessa aos Estados interessados do relatório da Comissão, o assunto não houver sido solucionado nem submetido à decisão da Corte pela Comissão ou pelo Estado interessado, aceitando sua competência, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, suas opiniões e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração.

2. A Comissão fará as recomendações pertinentes e fixará um prazo dentro do qual o Estado deve tomar as medidas que lhe competirem para remediar a situação examinada.

3. Transcorrido o período fixado, a Comissão decidirá, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, se o Estado tomou ou não as medidas adequadas e se publica ou não seu relatório.

Se a Comissão opta por submeter o assunto ao conhecimento da Corte Interamericana, é aplicado o processo relativo aos casos contenciosos perante aquela Corte. Se, em vez disso, a Comissão opta por publicar um relatório, a CIDH inicia uma etapa de seguimento do cumprimento de seus recomendações.

1.2 Medidas cautelares

Segundo o artigo 25 do Regulamento da CIDH, a Comissão pode, por iniciativa própria ou a pedido da parte, “solicitar ao Estado a adoção de medidas cautelares para evitar danos irreparáveis às pessoas”.

Este é um mecanismo de suma importância no trabalho da Comissão, por meio do qual foram salvas muitas vidas. Na maioria das vezes as medidas cautelares são solicitadas quando há pessoas perseguidas, ameaçadas, etc., e se referem a medidas de prevenção, proteção e investigação dos fatos levados ao conhecimento da CIDH.

As medidas cautelares podem ser solicitadas à CIDH no âmbito de um caso individual em andamento, ou de maneira autônoma. Em todo caso, e conforme o estabelecido no artigo 25 (4) do Regulamento da CIDH, “a concessão de tais medidas e sua adoção pelo Estado não constituirão prejulgamento sobre os aspectos de fundo da questão”.

1.3 Visitas *In Loco*

Outra das funções da CIDH é realizar visitas *in loco* a países. Em geral, tais visitas estão ligadas a um caso específico sob conhecimento da Comissão (ver artigo 40 do Regulamento da CIDH); para realizar uma observação geral da situação dos direitos humanos em um país ou para efetuar uma observação específica sobre um tema ou situação determinada (ver artigo 51 e seguintes do Regulamento da CIDH).

1.4 Elaboração de relatórios sobre países e relatórios temáticos

O artigo 56 do Regulamento da CIDH determina que a Comissão prepare os relatórios que considere necessários. Nesse sentido, Comissão Interamericana elabora regularmente, entre outros, relatórios gerais sobre a situação dos direitos humanos em um determinado país, normalmente feitos após as visitas *in loco* mencionadas acima; relatórios especiais ou de seguimento a relatórios gerais anteriores da Comissão, ambos com respeito a países determinados, e relatórios especiais que cobrem situação dos direitos humanos referentes a um tema específico (ex. infância) nos diferentes países da região.

1.5 Relatorias

Como parte de seus trabalhos de promoção e defesa dos direitos humanos, a Comissão também mantém diversas “Relatorias Temáticas” sobre assuntos específicos de direitos humanos. As Relatorias Temáticas realizam os trabalhos encomendados pela Comissão, que normalmente resultam em Relatórios Especiais submetidos à consideração da CIDH para sua aprovação e posterior publicação. Além disso, as Relatorias realizam diversas atividades, tais como realizar visitas aos Estados membros da OEA a fim de acompanhar a situação dos direitos ou de um tema a cargo da Relatoria; promover o direito ou tema específico mediante, por exemplo, elaboração de artigos para publicação, participação de conferências especializadas e reuniões com organizações governamentais ou não governamentais que se ocupem do mesmo tema.

Nos últimos anos, a Comissão criou as seguintes Relatorias Temáticas: direitos dos povos indígenas, direitos das mulheres, direitos dos trabalhadores migrantes e suas famílias, condições nos centros de detenção nas Américas, pessoas deslocadas internamente, liberdade de expressão e direitos da infância.

1.6 Atuação perante a Corte Interamericana

A Comissão Interamericana desempenha diversas atividades perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Uma das principais é submeter à consideração da Corte casos nos quais os Estados não tenham cumprido as recomendações da Comissão sobre um caso individual submetido a seu conhecimento. Em tais casos, e sempre que o Estado de que se trate tenha aceito a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana (explicada *infra*), a Comissão se converte em parte demandante perante a Corte.

Da mesma forma, a Comissão se encontra com a faculdade de solicitar à Corte Interamericana as medidas provisórias que considere pertinentes, quando se tratar de casos de extrema gravidade e urgência em que a solicitação de tais medidas se faça necessária para evitar danos irreparáveis às pessoas.

Outra das funções importantes da Comissão perante a Corte Interamericana é a estabelecida no artigo 64 da Convenção Americana, que faculta a Comissão a solicitar

opiniões consultivas à Corte acerca da interpretação dessa Convenção ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

1.7 Promoção e divulgação

A Comissão realiza diversos trabalhos de promoção e divulgação dos direitos humanos, mediante a participação em conferências em diferentes países; a publicação e distribuição de diversos materiais sobre direitos humanos; a assinatura de convênios de cooperação com diversas instituições, a participação de seus integrantes como juizes em julgamentos simulados realizados por universidades; a elaboração de comunicados de imprensa sobre situações específicas relacionadas com os direitos humanos, e diversas atividades similares de promoção e divulgação que a Comissão desempenha como parte de suas atividades regulares.

2. A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um tribunal internacional criado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cuja sede se encontra em São José, Costa Rica, tendo uma função consultiva e outra contenciosa.

Os artigos 52 e seguintes da Convenção Americana assinalam que a Corte Interamericana, é integrada por sete juizes, naturais dos Estados membros da OEA, que são eleitos pela Assembléia Geral da Organização. A Corte tem também uma Secretaria, dirigida pelo Secretário Executivo, e integrada por um Secretário Adjunto, assessores jurídicos e pessoal administrativo.

2.1 Jurisdição consultiva

A Corte tem a faculdade de emitir pareceres consultivas a respeito da interpretação da Convenção Americana e de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, assim como da compatibilidade das leis internas de um Estado com tais instrumentos internacionais.

Tal função consta do artigo 64 da Convenção Americana, nos seguintes termos:

1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, nos que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Os pareceres emitidos pela Corte Interamericana no tocante a sua função consultiva são denominadas "Opiniões Consultivas". Até hoje, a Corte emitiu 16 delas.

2.2 Jurisdição contenciosa

A função contenciosa da Corte diz respeito ao conhecimento, por esta, de casos individuais onde se alega que um Estado parte da Convenção violou direitos consagrados em tal instrumento.

Em relação a esta função, devemos ressaltar que conforme o artigo 61 da Convenção Americana, apenas a Comissão Interamericana e os Estados parte de tal Convenção têm legitimidade ativa para submeter um caso ao conhecimento da Corte. Da mesma forma, e de acordo com a mesma disposição, para que um caso possa ser submetido ao conhecimento da Corte é necessário que este tenha sido previamente conhecido e decidido pela Comissão Interamericana, conforme o procedimento tratado nos artigos 48 a 50 *ejusdem*.¹⁶

É interessante notar que ao contrário da função consultiva da Corte, a cujo regime os Estados estão integrados pelo único fato de ratificarem a Convenção Americana,¹⁷ a função contenciosa da Corte com respeito a um Estado específico requer que tal Estado tenha aceito expressamente a jurisdição contenciosa da Corte.

O procedimento contencioso perante a Corte Interamericana se encontra estabelecido na Convenção Americana, no Estatuto da Corte e em seu Regulamento. Tal procedimento culmina com uma sentença, com respeito à qual a Convenção Americana consagra o seguinte:

Artigo 63

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a vulneração desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

¹³ Corte I.D.H., Caso Velázquez Rodríguez, ob. cit, parágrafo 130.

¹⁴ Corte I.D.H., Caso Loayza Tamayo, sentença de 17 de setembro de 1997, parág. 80.

¹⁵ Entendemos que até esta data não ocorreu que seja um Estado o que, em não concordando com a decisão da CIDH, submeta o assunto ao conhecimento da Corte Interamericana.

¹⁶ Ver a respeito, Corte I.D.H., Caso de Viviana Gallardo e Outras (Costa Rica), Decisão de 13 de novembro de 1981.

¹⁷ O artigo 64 da Convenção Americana estabelece o seguinte: "1) Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires; 2) a Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais.

Artigo 68

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que sejam partes.

2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

2.3 Medidas provisórias

O artigo 63 da Convenção Americana determina que em casos de extrema gravidade e urgência, quando se faça necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte poderá tomar as medidas provisórias que considere pertinentes nos assuntos levados a seu conhecimento. Da mesma forma, mesmo quando a Corte não tiver o assunto sob conhecimento, pode ditar medidas provisórias a pedido da Comissão Interamericana.

As medidas provisórias se referem normalmente a ações preventivas solicitadas aos Estados a fim de proteger a vida de pessoas que se encontrem ameaçadas ou em risco, e consistem, por exemplo, em aspectos tais como oferecer proteção pessoal e investigar as ameaças recebidas.

3. CONCLUSÕES

O sistema interamericano de direito humanos constitui um mecanismo muito importante para a promoção e a proteção dos direitos humanos no Hemisfério americano. Sua evolução, de 1948 até os dias de hoje, tem sido caracterizada pela criação de diferentes órgãos e instrumentos internacionais de direitos humanos. Existe, atualmente, uma estrutura jurídica adequada e órgãos com a devida faculdade para aplicá-las. Todavia, seu conhecimento limitado implica em geral, a privação da utilização de um sistema que demonstrou ser muito eficaz na promoção e defesa dos direitos humanos.

O conhecimento limitado do sistema interamericano de direitos humanos é uma circunstância comum à maioria dos países do Hemisfério. No entanto, o sistema interamericano de direitos humanos continua realizando o trabalho que lhe foi encomendado: o de tratar obter justiça respeito a violações de direitos humanos quando a justiça local não tiver funcionado, ou quando haja situações tais como as de atraso injustificado no funcionamento da justiça local.

A Proteção da Legítima Confiança nas Relações Obrigacionais entre a Administração e os Particulares¹

Judith Martins-Costa. Professora Adjunta na Faculdade de Direito da UFRGS. Doutora em Direito. Advogada.

“Hoy el Estado no es instancia absolutamente ajena a la sociedad, está sometido a la dinámica y el movimiento sociales, precisamente por su responsabilización de las condiciones de la vida colectiva y su función, a pesar de todo, de “dirección” de aquélla. (Luciano Parejo Alfonso).

Introdução. I) O ressurgimento da confiança no Direito Administrativo. A) Uma nova ética para o Direito Administrativo? B) Os deveres que decorrem da conduta segundo a boa-fé frente nas relações entre o Estado e os particulares. II) A responsabilidade pré-negocial da Administração Pública. A) A modelagem da responsabilidade pré-negocial; B) O Dano à Confiança, e sua Indenização.

Introdução.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, pela unanimidade da sua 4ª Turma, proferiu decisão assim ementada:

“Memorando de Entendimento. Boa-fé. Suspensão do processo.

¹ Registro, neste texto que integra a última edição da Revista da Faculdade de Direito da UFRGS sob a direção do Professor FRANZ GERNOT LIPPERT, o imenso reconhecimento à figura exemplar de professor, a quem devo inestimáveis lições de Direito das Obrigações, ainda como sua aluna, que fui, no Curso de Graduação em Direito da UFRGS há 25 anos, bem como, de lá para cá, as ainda mais inestimáveis lições de honestidade intelectual, civilidade e compostura científica e acadêmica e, sobretudo, de verdadeira amizade.

O compromisso público assumido pelo Ministro da Fazenda, através de “Memorando de Entendimento, para suspensão da execução judicial de dívida bancária de devedor que se apresentasse para acerto de contas, gera no mutuário a justa expectativa de que essa suspensão ocorrerá, preenchida a condição.

Direito de obter a suspensão fundado no princípio da boa-fé objetiva, que privilegia o respeito à lealdade.

Deferimento da liminar, que garantiu a suspensão pleiteada. Recurso Improvido”².

Nos fundamentos do acórdão, salientou seu culto relator:

“O compromisso público assumido pelo Governo, através do seu Ministro da Fazenda, o condutor da política financeira do país, e com a assistência dos estabelecimentos de crédito diretamente envolvidos, presume-se tenha sido celebrado para ser cumprido. Se ali ficou estipulado que as execuções de créditos do Banco do Brasil seriam suspensas por noventa dias, desde que o devedor se dispusesse a um acerto de contas, é razoável pensar que esse seria o comportamento futuro do credor, pelo simples respeito à palavra empenhada em documento público, levado ao conhecimento da Nação.

No Direito Civil, desde os estudos de Jhering, admite-se que do comportamento adotado pela parte, antes de celebrado o contrato, pode decorrer efeito obrigacional, gerando a responsabilidade pré-contratual. O princípio geral da boa-fé veio realçar e deu suporte jurídico a esse entendimento, pois as relações humanas devem pautar-se pelo respeito à lealdade.

O que vale para a autonomia privada vale ainda mais para a administração pública e para a direção das empresas cujo capital é predominantemente público, nas suas relações com os cidadãos. É inconcebível que um Estado democrático, que aspire a realizar a Justiça, esteja fundado no princípio de que o compromisso público assumido pelos seus governantes não tem valor, não tem significado, não tem eficácia. Especialmente quando a Constituição da República consagra o princípio da moralidade administrativa”.

Tenho que o “Memorando de Entendimento”, embora não seja uma lei, nem mesmo possa ser definido como contrato celebrado diretamente entre as partes interessadas, criou no devedor a justa expectativa de que, comparecendo ao estabelecimento oficial de crédito a fim de fazer o acerto de contas, teria o prazo de suspensão de 90 dias, para o encontro de uma solução extrajudicial. Havia, portanto, o direito do executado de obter a suspensão do processo de execução, demonstrando ter se apresentado para o acerto de contas. Não se trata de hipótese legal de suspensão,

² REMS nº 6183-MG, STJ, 4ª T. Rel. Min. Ruy ROSADO DE AGUIAR, unânime, j. 14.12.1995, p. DJ 8.12.95.

³ Idem.

mas de obrigação publicamente assumida pela parte de que teria aquela conduta, cumprindo ao juiz lhe dar eficácia³

Em breves palavras, o que está dito pelo Tribunal que tem a missão constitucional de unificar a jurisprudência, é que Administração Pública está sujeita a observar conduta segundo a boa-fé, restando adstrita a conduzir-se com lealdade no trato com os particulares. Diz, mais: que a Administração deve respeitar a legítima expectativa criada, por sua conduta, nos administrados.

Pela relevância dos fundamentos que contém, essa decisão enseja reflexão acerca das funções que, no Direito Administrativo, desempenha o princípio da confiança. Novo fundamento ético-jurídico está a perpassar as relações entre a Administração e os particulares? Se positiva a resposta, quais seriam os seus efeitos no plano dogmático?

São essas as questões que o acórdão em destaque suscita e que examinarei, destacando, inicialmente, o significado do princípio da confiança no Estado Social de Direito (I), abordando, após, a hipótese aventada no acórdão, qual seja, a da eficácia do princípio da confiança pela configuração da responsabilidade pré-negocial (II).

I) O ressurgimento da confiança no Direito Administrativo.

Crescente produção literária⁴ vem atestando o crescimento, nos mais diversos países, da importância do princípio da confiança na seara do Direito Público. Este essor indicaria uma nova ética a perpassar as relações entre o Estado e os cidadãos? (A). Se assim for, qual é o seu alcance geral, quais os deveres que daí defluem? (B).

A) Uma nova ética para o Direito Administrativo?

Para bem compreendermos a primeira questão acima proposta, é conveniente examinar o entendimento do Tribunal *a quo*, expressivo de uma ótica tradicional, ou “legalista”, que por muitas décadas esteve presente nas relações de Direito

⁴ Consulte-se, entre outros, COUTO E SILVA, Almiro: Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, pp. 46-63; COUTO SILVA, Almiro: Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1997, vol. 209: 43-70; CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998; com ampla bibliografia de direito europeu e norte-americano; GONZALES-PERES, Jesus: *El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madri, Civitas, 1989; MANGANARO, Francesco: *Principio di Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1995; RACCA, Gabriella: *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Nápoles, Jovene, 2000; GIACOMUZZI, José Guilherme, *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002.

Administrativo⁵. Para o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Memorando de Entendimento, contendo o compromisso de suspender-se a execução dos créditos, nada mais traduziria do que “simples manifestação de intenção das autoridades que o firmaram sem caráter especificamente particularizante e vinculativo, mas com o objetivo generalizado e normativo⁶. Assim sendo, para a Primeira Câmara Cível daquele Tribunal, o documento apenas servira “às altas autoridades do país para viabilizar uma solução político-financeira para o setor da produção nacional”⁷, não sendo hábil a sustentar o pedido de suspensão da execução que vinha sendo movida pelo Banco do Brasil S/A. Por essa razão, disse o mesmo Tribunal estadual, seria “inútil extrair do citado documento de alto nível o suposto direito de impedir o prosseguimento da execução, tudo não passando de simples tentativa do impetrante de anestesiar o processo de execução”⁸.

O ponto que marca a imensa diferença entre as duas orientações – a do STJ e a do TJMG - é sinalizado por uma bem precisa direção: a *valorização jurídica da confiança*. Diferentemente do que deduz das razões expressas pelo Tribunal de origem, entendeu o STJ que as palavras e ações da Administração Pública devem ser levadas a sério, porque geradoras de legítima confiança nos particulares. Esse é o ponto que, marcando, indubitavelmente, uma nova ética na relação Estado e cidadãos, induz a observar, sob uma nova ótica, os tradicionais princípios da legalidade e da segurança que até então pareciam sustentar, absolutos, os fundamentos do Estado de Direito.

É o que assinala o administrativista espanhol Luciano Parejo Alfonso⁹, para quem o cada vez mais freqüente apelo à confiança na relação Estado-cidadão, constitui sintoma da atual insuficiência dos princípios da segurança jurídica e da legalidade para resolver por si mesmo - por sua tensão recíproca - os problemas hoje enfrentados pelo Estado de Direito. O mesmo sintoma já havia sido detectado entre nós por Almiro do Couto e Silva, que em texto dos anos 80¹⁰ alertava à polaridade entre os princípios da legalidade e da segurança, com a prevalência ora de um, ora de outro, para concretizar o valor essencial da justiça. A doutrina é, aqui, porta-voz das mudanças, dos quase imperceptíveis câmbios semânticos dos quais o Direito é tecido: pois é justamente a insuficiência dos princípios da legalidade e da segurança que revestirá a nova conotação que vem sendo conferida à confiança, princípio tão antigo que já estava nas bases da formação de Roma¹¹.

⁵ Não por acaso essa ótica “legalista” vigora nas décadas de fechamento político, do regime ditatorial que vigorou entre nós. Também não é por caso que, com a processual afirmação da democracia e do Estado de Direito, modifica-se a compreensão do papel do Estado e, conseqüentemente, do Direito Administrativo.

⁶ Conforme transcrito no Relatório do Acórdão do STJ (REMS nº 6183-MG).

⁷ Idem.

⁸ Idem.

⁹ Prólogo à obra de CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998 p. 9.

¹⁰ COUTO E SILVA, Almiro: Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, pp. 46-63.

¹¹ Veja-se FREZZA, Paolo, *Fides Bona*, in *Studi sulla buona fede*, Milão, Giuffrè, 1975, p. 3.

Não que o moderno Estado de Direito não considerasse a confiança um de seus valores. Pelo contrário, os princípios da legalidade e da segurança (dito, também, “princípio da certeza jurídica”), têm, tradicionalmente, a proteção da confiança em sua base. No entanto, o termo “confiança” vinha, aí, recoberto por uma significação específica: a idéia da previsibilidade e certeza dos atos estatais, na base da qual estavam a radical separação entre a sociedade e o Estado¹², a relativa estreiteza das funções administrativas, a também relativa estabilidade da produção normativa estatal e a noção segundo a qual as relações entre Estado e particulares seriam, nuclearmente, *relações de poder, de sujeição ou de subordinação*¹³. Nessa perspectiva, a segurança confundia-se com a legalidade estrita: a lei abstrata e geral, minudente em seus comandos, preveria e fixaria o universo dos comportamentos devidos, realizando, assim, o valor justiça. No Direito Privado, por sua vez, as referências iniciais à confiança estavam ligadas à teoria do erro e à teoria da aparência¹⁴, aí quase que se esgotando o seu universo de atuação.

Hoje em dia, diferentemente, o princípio da confiança está na base das relações jurídicas, sejam de direito público ou privado. Domina por inteiro a Teoria do Negócio Jurídico, subvertendo o tradicional fundamento que situava na *vontade humana* o motor explicativo das relações obrigacionais. A propósito, lembra a doutrina:

“o Direito tutela (e cristaliza) o negócio jurídico pela *necessidade de proteger a confiança* que ele suscita nos destinatários e, em geral, nos participantes na comunidade jurídica. Tendo, voluntariamente, dado azo ao negócio, o declarante não pode deixar de ser responsabilizado por ele¹⁵”.

Como se vê, o que modifica-se hoje - o câmbio semântico, acima aludido - é a compreensão da palavra “confiança”, que passa de um grau de significação a outro. O que agora se quer significar é que a confiança, que é proteção jurídica e postulado ético, para além de constituir *pressuposto* de toda e qualquer ordem jurídica que se queira como tal - atuando como verdadeiro cimento da convivência coletiva - é, também, uma *necessidade* desta mesma ordem, necessidade que só tende a crescer à

¹² Assim PAREJO AFONSO, prólogo à obra de CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998 p. 10.

¹³ Assinala COUTO E SILVA que o Direito Romano, “ao permitir que o Estado estabelecesse com os particulares *relações jurídicas* - ainda que à sombra do Direito privado - e não meramente relações de poder, de sujeição ou de subordinação, deu o primeiro passo, numa trajetória que só muitos séculos mais tarde seria retomada”, de modo que, “ampliada e enriquecida, a longa viagem pelo tempo só viria a completar-se recentemente com a integral sujeição do Estado à lei e ao direito, na síntese suprema da noção de Estado de Direito”. (COUTO SILVA, Almiro: Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1997, vol. 209: 43-70, p. 46).

¹⁴ Assim lembra BRANCO, Gérson, *A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e efeitos*, Porto Alegre, 2001, inédito.

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil Português - I - Parte Geral*, T. 1, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 2000., pág. 305, grifos nossos.

medida em que as relações se tornam distantes e impessoalizadas. Por isto mesmo, a confiança não é traduzida meramente em objetos ideais, abstratos, estáticos ou absolutos, como aponta Reale: como um “bem cultural” que é, dotado de existência necessária à ordem jurídico-social, a confiança é dotada do *caráter de realizabilidade* típico dos fenômenos culturais¹⁶. Isto significa dizer que, em cada Ordenamento, a confiança encontra particular e concreta eficácia jurídica como *fundamento de um conjunto de princípios e regras* que permitem, de um lado, a observância do pactuado, conforme as circunstâncias da pactuação, e, de outro, a coibição da deslealdade (em sentido amplo), impondo deveres de cooperação e de colaboração que se espraiam em numerosas formas de relacionamento: parcerias, negócios jurídicos de mais diversa índole e configuração, tratativas, atos formativos, atos-fatos, etc.

No plano dogmático, por sua vez, pela expressão “princípio da confiança” se está hoje a indicar a *fonte produtora* de deveres jurídicos e o *limite* ao exercício de direitos e poderes formativos, tendo em vista a satisfação das legítimas expectativas criadas, no *alter*, pela própria conduta. A expressão assinala, de um lado a valorização dos pressupostos éticos na ação administrativa, considerando-se a confiança, de um lado, condição *sine qua non* das ações e das relações que cabe ao Estado dirigir ou coordenar, de outro a sua concreta feição, pois a confiança não é pensável *in abstracto*, longe das particulares ações e situações.

Nas relações obrigacionais de direito público e de direito privado o princípio da confiança desdobra-se nos mandamentos de agir segundo a boa-fé e a lealdade – estes, há muito objeto, das reflexões no Direito Privado¹⁷, e segundo a moralidade pública¹⁸. A relativa novidade está na sua recepção no Direito Administrativo. Na Alemanha, de modo especial, mas também na Itália, na França, na Espanha e em Portugal, e mesmo nos países do *common law*, observa-se a atenção da doutrina e a ação da jurisprudência à renovação semântica do antigo princípio¹⁹, a qual subjazem as transformações que perpassam, em nossos dias, a relação indivíduos-Estado - não mais meramente relações de subordinação, mas de cooperação e complementaridade²⁰ - e a própria compreensão das funções estatais e do papel do Estado na vida social. Vejamos, sucintamente, esses pontos.

¹⁶ REALE, Miguel, *Invariantes Axiológicas*, Revista Brasileira de Filosofia, v. XXXIX, n. 167, São Paulo, p. 232, ao acentuar que é da essência do valor a sua realizabilidade.

¹⁷ Veja-se o nosso *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, e a bibliografia ali indicada.

¹⁸ Acerca das conexões entre os princípios da confiança, boa-fé, moralidade e eficiência na ação administrativa, vide GIACOMUZZI, José Guilherme, *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002, pp. 265 a 271

¹⁹ Para uma síntese do Direito Comparado veja-se CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998, pp. 107 a 162.

²⁰ Assim aludi em *Alternativas de gestão da Administração Pública: o Regime Jurídico das Concessões e Permissões Municipais*, Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, 13, 1999, p. 32.

Em primeiro lugar está o crescimento do *papel de direção* que é exercido pela Administração Pública em detrimento do poder de império que caracterizou o fortalecimento do Estado Moderno²¹. O Estado Democrático de Direito, assinala Tarso Genro²², fundou-se na separação entre legalidade e ética social, o que foi importante para permitir o seu processo de afirmação histórica no século XIX, mas resultou no positivismo legalista que, no Brasil, adquiriu dimensões sequer imaginadas por Comte. Fundou-se, por igual, na separação entre Estado e Sociedade, na base da qual estava a convicção de o Estado dever não tanto “dirigir a sociedade”, mas exercer, sobre ela, um poder de império e um *ius iurisdictionis*²³ aplainador, dicotomizando inclusive as ordens ou formas de regulação jurídica contidas no seu interior: para um grupo de relações, o Direito Público, para outro, o Direito Privado. Apenas no século XX afirmase plenamente a idéia da existência de verdadeiros direitos subjetivos substantivos dos cidadãos a opor-se à ação estatal (deveres de abstenção), mercedores de efetiva tutela judicial, e é somente no final do século que surgirá, a final, a idéia de as relações entre ambos - Estado e Sociedade - não desenharem apenas ordem de mando e subordinação, mas de *recíproca colaboração*, cabendo, ao Estado, também *deveres de proteção*.

Essa compreensão deriva, dentre outros fatores²⁴, de uma mudança ideológica: no Estado Social, muda o *pathos* que animava o Estado liberal. Do *pathos* da liberdade se alcança o *pathos* da solidariedade social²⁵, hoje um valor de *status* constitucional (CE, art. 3º, III, e art. 170). Por detrás dessa mudança está um novo modelo de relacionamento entre Estado e Sociedade Civil: esta não mais refuta a intervenção do Estado, mas verdadeiramente a requer e solicita²⁶ e a proteção, “como termo correlativo da obediência, resta preenchida de um novo conteúdo: é tutela dos particulares nas concretas necessidades da vida (doença, desemprego, velhice, etc), e não bens longínquos e inapreensíveis como a paz interna e a integridade das fronteiras²⁷”.

Em suma, a Sociedade Civil não reclama proteção para a liberdade individual, tão somente, mas para encaminhar ao Estado os problemas que, individualmente, não podem ser resolvidos. Daí o papel positivo que reveste a solidariedade social, traduzida,

²¹ Num Estado que deve exercer múltiplas atividades de direção, inclusive econômica, e por isto é um contínuo produtor de normatividade, a idéia de confiança como mera estabilidade e previsibilidade das regras do jogo (tal como a tradicionalmente capturada pelos princípios da segurança e da legalidade) perde em grande parte o seu original sentido. Ela vem revestida, agora, por um renovado conteúdo ético, que diz com as relações entre o Direito e a Moral, o Estado e a Sociedade Civil.

²² GENRO, Tarso, *A Relação da Administração Pública com a Sociedade*, in Anais do XXIV Encontro Nacional de Procuradores Municipais, Porto Alegre, 1998, p.57.

²³ PAREJO ALFONSO, Luciano, prólogo à CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998, p. 11.

²⁴ Para essa análise, veja-se o estudo de COUTO SILVA, Almiro: Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1997, vol. 209: 43-70.

²⁵ IRTI, Natalino, *Codice Civile e Società Política*, Roma, LATERZA, 3ª edição, 1999, p. 49.

²⁶ Assis IRTI, Natalino. *Società Civile*, Milão, Giuffrè, 1992, p. 7.

²⁷ IRTI, Natalino, *Società Civile*, Milão, Giuffrè, 1992, p. 7.

nos diversos domínios jurídicos, por seus “princípios decorrentes”, tal como ocorre com a boa-fé objetiva no domínio do Direito obrigacional²⁸.

As dicotomias oitocentistas não sobreviveram, como tais, à passagem do século XX ao século XXI²⁹ e é hoje crescente, por exemplo, o papel dos indivíduos e das organizações sociais na realização de tarefas públicas³⁰, o que vai implicar numa reaproximação, em novos moldes, por certo, entre Estado e Sociedade Civil. As noções de ‘função social’ e de ‘responsabilidade pública da ação privada’, a própria emergência de campos da vida privada que têm relevância coletiva e pública vão, entre outros fatores, esfumar o até então espesso muro divisório entre Direito Público e Direito Privado, interesse público e interesse particular, economia e política. Crescem, em tamanho e em importância, as zonas intermediárias entre o “núcleo duro” do exclusivo interesse individual (representado pelo princípio da autonomia privada) e o do exclusivo interesse estatal (representado pelo princípio da supremacia do interesse público). E, progressivamente, se vão tornando visíveis os esforços, legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, para aproximar Estado e ética social.

Essa aproximação opera por múltiplas formas, seja pela inserção, nas Constituições, de pautas axiológicas tidas como “fundamentais”, seja pela atividade de codificação dos procedimentos administrativos, ou pela emergência de leis de conduta para os agentes públicos, seja pela concreção judicial de princípios, diretrizes, cláusulas gerais e conceitos indeterminados - cuja função é a de injetar permanente carga valorativa na regulação jurídica dos comportamentos sociais, e não apenas preencher as lacunas da lei -, seja, enfim, pelo alargamento da dicção judicial, passando-se novamente a considerar a jurisprudência verdadeira fonte de produção de positividade jurídica, modelando-se, aí, uma positividade que é processual e dinâmica, se que “faz ao andar”, como na poesia de Antonio Machado, não mais restando limitada ao momento - este sim, estático e rígido - da posição da lei pelo legislador. Considera-se, enfim, que se o Estado não é mais uma instância alheia à sociedade: esta, e seus sujeitos, “tem uma relação com o Estado distinta, enquanto baseada no que a dogmática alemã denominou como “posição fundamental” do cidadão derivada da dignidade da pessoa e do livre desenvolvimento da personalidade”³¹.

²⁸ Assim escrevi em Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo, ensaio integrante de *A Reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) Judith Martins-Costa, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

²⁹ Veja-se COSTA DA SILVEIRA, Michele: As grandes metáforas da bipolaridade; ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de: Constituição e Codificação: a dinâmica atual do binômio; LUDWIG, Marcos de Campos: Direito público e direito privado: a superação da dicotomia e VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto, O chamado Direito Civil Constitucional, todos in *A Reconstrução do Direito Privado - reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, respectivamente p.p. 21-53; 72-86; 54-71; 87-120 e 174-212.

³⁰ Assim o amplo estudo de COUTO E SILVA, Almiro, *O Indivíduo e o Estado na Realização de Tarefas Públicas*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, vol. 209, 1997, pp. 43-70.

³¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, prólogo a CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 11.

Por isto é que, como afirma Francesco Manganaro³², a atual evolução das relações entre a Administração Pública e os cidadãos “*tem suscitado um renovado interesse pelo correto desenvolvimento da atividade administrativa*”, encontrando-se, nas decisões da jurisprudência, “cada vez mais freqüentemente afirmada a exigência de tutelar, no âmbito de tais relações, a boa-fé dos sujeitos interessados, ainda quando a Administração age em setores geralmente considerados âmbitos privilegiados do exercício autoritário do poder”.

O que aí está indicado é que, ao invés de apenas privilegiar o poder de império, a ação estatal deve levar em conta outros fatores, como as expectativas legitimamente despertadas por sua conduta, e assim mantê-las, em respeito à confiança despertada na sociedade. A Administração - ainda que atuando como autoridade decisória - está adstrita a conformar a própria conduta a normas de comportamento que, mesmo não expressamente previstas na lei ou em atos administrativos, permitem realizar o interesse público sem o excessivo sacrifício da esfera jurídica dos cidadãos³³. Daí que, objetivamente gerada a confiança por atos, palavras ou comportamentos concludentes, esta se incorpora ao patrimônio jurídico daqueles a quem são dirigidos esses atos, palavras ou comportamentos: o Ordenamento jurídico tutela os efeitos produzidos pela ação geradora de confiança em quem nela legitimamente confiou³⁴, coibindo ou limitando a ação administrativa, ou impondo deveres à Administração.

B) Os deveres que decorrem do princípio da confiança na relação obrigacional entre o Estado e os particulares: a atuação da boa-fé objetiva.

A confiança (*cum fides*) adjetiva-se na boa-fé (*bona fides*). A Lei Federal n 9.784, de 29 de janeiro de 1.999³⁵, que regula o processo administrativo, teve o mérito de introduzir, no universo da Administração Pública, de forma expressa, o princípio da boa-fé. No inciso IV do parágrafo único do art. 2º, consta, com todas as letras, o dever da Administração, de atuar segundo os “padrões éticos da probidade, decoro e boa-fé”. Trata-se da boa-fé objetiva, que, como observei em outras ocasiões, distingue-se da

³² MANGANARO, Francesco: *Principio di Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1995 p. 5, tradução minha.

³³ Neste sentido MANGANARO, Francesco: *Principio di Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1995 p. 42 e ainda: “(...) quanto più vi è esercizio di un potere autoritativo, tanto maggiore sarà la necessità di individuare criteri di limitazione di esso”.

³⁴ Com efeito, é inadmissível a existência de uma ordem social que não se assente num grau ainda que mínimo de confiança. Poder-se-ia mesmo dizer que a ordem jurídico-social constitui uma estrutura escalonada em graus de confiança, sendo mais tênues os que defluem do mero fato de viver em sociedade e mais fortes os que ligam as partes que travam negócios jurídicos ou que deles se acercam, ainda que não cheguem efetivamente a concluir-se. Por isto é que a responsabilidade pré-negocial, conquanto não tenha sido objeto de recepção legislativa em variados sistemas jurídicos, mesmo assim tem-se como implicitamente aceita, derivando a sua dimensão da boa-fé, preceito fundamental na valoração e interpretação de qualquer fenômeno na esfera do direito.

³⁵ “Lei do Processo Administrativo”.

boa-fé subjetiva, ou “boa-fé crença”³⁶ por moldar padrão objetivo de conduta, a ser sempre concretizado pelo intérprete à vista das circunstâncias, conduta essa impositiva, porém, a quantos entram em contacto social³⁷ relevante juridicamente, de certos deveres de conduta positivos e negativos. Assim, os deveres de colaboração, cooperação, consideração com os legítimos interesses do *alter*, correção, informação, de veracidade, lealdade e manutenção de promessas feitas, de não-revogação de atos que tenham atingido a esfera de terceiros e, até mesmo, de consideração da eficácia de atos eivados por nulidade, se caracterizadas certas condições.

Se assim deve atuar a boa-fé objetiva no processo administrativo, assim também opera, em nosso entendimento, nas relações obrigacionais em que é parte a Administração Pública. É que no domínio das obrigações negociais e extra-negociais, o princípio da confiança é dogmaticamente especificado pelos correlatos e conexos princípios da lealdade e da boa-fé objetiva, ambos constituindo a sua dupla face.

A confiança, traduzida nos deveres de agir segundo a boa-fé e com adstrição à lealdade implicará, por evidente, a *relativa restrição* a certos poderes da Administração Pública. Considera-se que, quando órgãos ou autoridades públicas provocam, com suas declarações no mundo jurídico, o nascimento de legítimas expectativas, devem essas ser tuteladas, ocorrendo mesmo, por vezes, o dever de não-revogar ou revisar atos lícitos, porém inoportunos, ou mesmo o dever de não invalidar atos ilegais, se já consolidadas pelo tempo certas situações, tendo-se, então, por sanada a invalidade originária³⁸. Trata-se aí da eficácia negativa do princípio da confiança, impondo à Administração deveres de não-fazer³⁹.

³⁶ Sabe-se que a expressão “boa-fé”, quanto conotada ao Direito das Obrigações, possui significado diverso daquele que lhe é normalmente atribuído quando se está a tratar do Direito das Coisas. Muito embora ambas as expressões encontrem unidade no princípio geral da confiança, que domina todo o ordenamento, ambas desempenham, dogmaticamente, distintos papéis. A boa-fé subjetiva traduz a idéia naturalista da boa-fé, aquela que, por antinomia, é conotada à má-fé. Diz-se subjetiva a boa-fé compreendida como estado psicológico, estado de consciência caracterizado pela ignorância de se estar a lesar direitos ou interesses alheios, tendo forte atuação nos direitos reais, notadamente no direito possessório, o que vai justificar, por exemplo, uma das formas da usucapião.

³⁷ A categoria jurídica do “contato social” foi proposta por COUTO E SILVA, Clóvis, para sistematizar as fontes das obrigações e da conseqüente responsabilidade por danos. Veja-se, do autor, *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile em Droit Brésilien et Comparé*, Cours fait a la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, Paris XII, Porto Alegre, 1988, datilografado.

³⁸ Veja-se, acerca da “convalidação dos atos administrativos nulos”, COUTO E SILVA, Almiro: Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, pp. 46-63.

³⁹ V.G. Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, conquanto não ter discernido entre a boa-fé objetiva e a subjetiva, é expressivo deste entendimento: “*Administrativo. Servidor Público. Incorporação De Gratificação. Possibilidade. Estorno Das Quantias Já Pagas. Barreira Da Boa-Fé. 1. Embora seja possível à Administração anular seus atos, e não fizesse jus o servidor à incorporação da gratificação correspondente a Chefe de Departamento, quando ocupava o cargo de Chefe de Divisão, não cabe estornar as quantias já pagas, pois a boa-fé objetiva do servidor serve de barreira ao ato. 2. Segurança parcialmente concedida.* (TJRGS, MS n° 70001064989, 2° Grupo de C. Civ., Porto Alegre, Rel. Des. Araken de Assis, j. 11.08.2000).

O mesmo princípio poderá ainda atingir o poder da Administração em matéria de planificação econômica. Anuncia-se certo planejamento econômico (por exemplo, a construção de uma hidrovía) e, com base no anúncio, os particulares realizam despesas (por exemplo, importando barcos para trafegar na hidrovía, e constituindo empresa para tal fim). Posteriormente, vem a Administração a cancelar a construção da hidrovía. Pode a Administração, é certo, modificar o seu planejamento, de modo que não há o dever de manter o plano, mas pode restar caracterizado o dever de indenizar os particulares que sofreram danos injustos em razão de terem confiado no plano anunciado⁴⁰. É que princípio da confiança tem alargado campo de atuação na Teoria dos Atos Próprios, impondo o dever de não *venire contra factum proprium*, expressão tradutora de princípio geral que tem como injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao *alter* para a caracterização das quais tenha agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade⁴¹. É, pois, o *venire*, uma vedação genérica à deslealdade, como já decidiu, aliás, a 4ª Câmara Cível do STJ⁴².

Conquanto a função negativa, ou de limite, seja mais facilmente apreensível, o princípio da confiança (por gerar o dever de agir segundo a boa-fé), terá também *função positiva*, mediante a criação dos chamados “deveres de colaboração e cooperação”. A existência de deveres de colaboração, no tocante à Administração Pública, tem o efeito de auxiliar na concretização do princípio do Estado Social de Direito, no qual, explica Castillo Blanco, “transformou-se a relação Estado/súdito pela idéia de colaboração entre ambos, e o paradigma da obediência pelo da cooperação⁴³”, na medida em que, quando se colabora, “a idéia de confiança adquire um especial valor e, portanto, sua

⁴⁰ COUTO E SILVA, Almiro, Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento, in *Revista de Direito Público*, v. 63, pp. 29-36.

⁴¹ O *venire* consiste em especificação da antiga Teoria dos Atos Próprios, que independe de recepção legislativa, pois traduz princípio geral que tem como injurídico o aproveitamento de situações prejudiciais ao *alter* para a caracterização das quais tenha agido, positiva ou negativamente, o titular do direito ou faculdade. Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o *factum proprium*) contrariado pelo segundo. O princípio atua em todos os “ramos” do Direito, tendo sua raízes no Direito Romano que, sistematizado no Direito Intermédio, deu causa ao brocardo *adversus factum suum quis venire non potest*. Todavia, já no Digesto (50,17,75), Papiniano assinalava a inadmissibilidade de alguém modificar de critério em prejuízo alheio, o que se estende modernamente ao Direito Civil, Administrativo, Penal e Processual. Pode indicar, outrossim, um freio erguido à pretensão de quem reclama algo em aberta contradição com o que havia anteriormente aceitado, caracterizando-se também por uma omissão, quando tinha o agente o dever de agir (Assim o nosso *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 462 e BORDA, Alejandro, *La Teoría de los Actos Propios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edição atualizada e ampliada, 2000, pp. 13 a 15.

⁴² RESP nº 141879-SP, STJ, 4ª T. Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. 17. 03.98, assim ementada: *Loteamento. Município. Pretensão de anulação do contrato. Boa-fé. Atos próprios. Tendo o Município celebrado contrato de promessa de compra e venda de lote localizado em imóvel de sua propriedade, descabe o pedido de anulação dos atos, se possível a regularização do loteamento que ele mesmo está promovendo. Art. 40 da Lei nº 6.766/79. A teoria dos atos próprios impede que a administração pública retome sobre os próprios passos, prejudicando os terceiros que confiaram na regularidade do seu procedimento. Recurso não conhecido*.

⁴³ CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998, p. 114, tradução minha.

proteção serve também ao desenvolvimento, sem fricções, do Estado Social de Direito e à adequada relação entre os poderes do Estado”⁴⁴.

Porém, conquanto considerado consubstancial à própria idéia de Democracia, isto não significa, evidentemente que a confiança, como princípio que é, não deva ser composto com outros princípios, no jogo de ponderação de valores que caracteriza o pensamento prudencial. Como eloqüentemente afirma Castillo Blanco, “não se está defendendo (...) a petrificação ad eternum do ordenamento jurídico, a inalterabilidade demasiadamente exagerada do não-conveniente, a justificação da inatividade por temor a vulnerar míticos direitos adquiridos”⁴⁵.

Trata-se, diversamente, de aprofundar a responsabilidade dos poderes públicos e obrigá-los a respeitar determinadas situações jurídicas consideradas dignas de proteção segundo certos princípios existentes no Ordenamento. E não há dúvidas de que, nas relações obrigacionais, o princípio apto a recepcionar, direcionar e mensurar os efeitos da confiança é o *princípio da boa-fé objetiva*.

A correlação entre a confiança e a boa-fé está, para além do parentesco etimológico em que a boa-fé, na acepção objetiva, caracteriza arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade, qualificando, por isto, uma norma de comportamento leal⁴⁶. No Direito Privado não mais se discute ser a boa-fé objetiva princípio cardeal do moderno Direito das Obrigações⁴⁷ - tendo sido, inclusive, recepcionado expressamente no novo Código Civil - sejam essas obrigações civis ou comerciais, ou as derivadas de situações concorrenciais, entendendo Mário Júlio de Almeida Costa que “As exigências pragmáticas do tráfico jurídico e uma legítima aspiração a um direito objectivamente justo postulam que não se atenda apenas à intenção ou vontade do declarante, mas também à sua conduta e à confiança do destinatário”⁴⁸.

Da valorização da confiança, expressa pelo princípio da boa-fé objetiva - cuja relevância cresce proporcionalmente ao aumento da desagregação dos vínculos comunitários que marca a nossa sociedade - decorre a sua importância na relação obrigacional, a qual se desenvolve como um processo voltado a uma finalidade, que é o adimplemento com a satisfação do credor⁴⁹. Ora, esse processo, esse fluir, no tempo, polarizado por um fim, perpassa fases diversas: não raramente, a relação obrigacional

⁴⁴ I CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998, p. 114, traduzi.

⁴⁵ CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madri, Marcial Pons, 1998, p. 28, traduzi.

⁴⁶ Assim o nosso *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 411. Para além de designar, em sua acepção objetiva, uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela colaboração intersubjetiva no tráfico negocial,

não é antecedida pelo vazio jurídico, mas por uma fase preenchida por aproximações prévias, contatos, negociações mais ou menos intensas, ajustes preliminares do mais variado tipo, promessas diversas. A essas tratativas pode suceder-se a conclusão do negócio contratual que, se contiver obrigações projetadas no tempo, atravessará fase de amplo desenvolvimento antes de alcançar a sua finalidade, podendo-se, ainda, falar numa fase pós-contratual.

A primeira destas fases – a que antecede o ajuste que será, ou não, estabelecido - demarca o campo operativo da responsabilidade pré-contratual, passível de ocorrer também nas relações em que, num dos pólos, situa-se a Administração Pública.

II) A responsabilidade pré-negocial da Administração Pública.

Dentre as manifestações do princípio geral da confiança e do dever de agir segundo a boa-fé, destaca-se a responsabilidade pré-negocial, servindo de fundamento para a responsabilização daquele que violou a confiança da contraparte ainda na fase pré-contratual. Desde a “descoberta dogmática” de von Jhering, em 1861⁵⁰, acerca da *culpa in contrahendo*, vêm a doutrina e a jurisprudência detectando casos que configuram exercício de direito em desacordo com a boa-fé na fase pré-negocial⁵¹, daí resultando a sua específica modelagem (A). O dano à confiança contém peculiaridades, que se traduzem na forma de sua indenização (B).

A) A modelagem da responsabilidade pré-negocial.

A responsabilidade pré-negocial constitui, em regra, modelo doutrinário apreendido em modelo jurisprudencial⁵², que hoje se estende também ao Direito Público⁵³. Essa forma de responsabilidade - versão atual da antiga *culpa in contrahendo* - configura instituto pelo qual visa o ordenamento jurídico, “proteger a confiança depositada por cada uma das partes na boa-fé da outra e conseqüentes expectativas que esta lhe cria durante as negociações, quanto à criteriosa condução das mesmas, à futura celebração do negócio ou à sua validade e eficácia”⁵⁴.

Muito embora conhecida em vários ordenamentos desde os finais do século XIX, sua expansão é relativamente recente, tendo-se tornado possível apenas quando o Direito das Obrigações supera (como ensina Almeida Costa), a rigidez dos tradicionais postulados individualistas e voluntaristas que o haviam marcado na codificação pela consideração dos interesses da contraparte, o princípio da boa-fé indica, outrossim, um critério de interpretação dos negócios jurídicos e uma norma impositiva de limites ao exercício de direitos subjetivos, em certas hipóteses. Como emanção da confiança no domínio das obrigações, a grande relevância dos deveres que decorrem da lealdade e da boa-fé objetiva está em que, como norma de conduta, operam defensiva e ativamente, isto é, impedindo o exercício de pretensões e criando deveres específicos que decorrem do dever geral de colaboração que domina todo o Direito das Obrigações. (Veja-se COUTO E SILVA, Clóvis, “O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português”, in

oitocentista, voltando-se, por seus princípios e regras, a tutelar a confiança dos contratantes durante as negociações que antecedem à conclusão de um negócio jurídico⁵⁵. No Direito Público, por sua vez, a ainda incipiente admissão da responsabilidade pré-negocial é possibilitada, histórica e ideologicamente, pela viragem à nova ética social – a ética da confiança – que antes apontamos, e que afirma-se, *pari passu*, com a ultrapassagem do Estado de legalidade formal para o Estado de legalidade substancial.

Essa forma de responsabilidade por danos não se prende, exclusivamente, ao período prévio à formação de *contratos*, mais de quaisquer negócios jurídicos, de modo que a denominação adequada é, efetivamente, “responsabilidade pré-negocial”. O seu fim é a proteção da confiança na fase que antecede o ajuste (que será, ou não, concluído). Para tanto, entende-se que ambos os participantes das tratativas negociais estão vinculados aos deveres de agir com lealdade e segundo os ditames da boa-fé, na violação destes deveres residindo, pois, o fundamento do dever indenizatório, hoje já não vinculado exclusivamente à ação culposa⁵⁶. A infração aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, como elemento do suporte fático do dever indenizatório, introduz uma “novidade” que já havia sido anunciada há quarenta anos por Clóvis do Couto e Silva⁵⁷, mas que tem sido de lenta assimilação pelos Tribunais.

Tal como ocorreu em Portugal, por longos anos as discussões acerca da responsabilidade pré-negocial estiveram atadas exclusivamente à idéia da culpa na formação dos contratos, o que decorre da própria origem da Teoria, a pré-compreensão do fundamento limitando as investigações doutrinárias e o trabalho jurisprudencial⁵⁸. Só mais recentemente, em razão dos estudos sobre as funções do princípio da boa-fé objetiva, no Direito Privado, e da tutela da confiança e da moralidade, no Direito Público, é que seu campo tem merecido o devido alargamento⁵⁹. Parece pois importante bem situar o fundamento do instituto.

O campo operativo da responsabilidade pré-negocial não é o mesmo dos chamados pré-contratos, ou contratos preliminares, pois aí já existe contrato, e a responsabilidade pelo seu não-cumprimento é contratual. Diferentemente, o dano pré-negocial, ou “dano à confiança”, ocorre no espaço do “ainda-não-contrato”, o da inexistência, ainda, de vinculação contratual, o espaço do “trato⁶⁰. Por isto, para verificar se existe, ou não, responsabilidade pré-negocial, é à fase formativa que cabe atentar, pois os fatos indutores da responsabilidade pré-negocial estão situados na fase que antecede a celebração do negócio jurídico, razão pela qual a responsabilidade de que ora se trata é responsabilidade *na formação* dos negócios jurídicos.

Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 55).

⁴⁷ Veja-se ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, *Direito das Obrigações*, Coimbra, Almedina, 9ª edição, 2001, p. 95 e ss, com extensa e atualizada bibliografia.

A chamada fase formativa é constituída pelos multifacetários contatos e diálogos preliminares que, no *iter* negocial, se localizam numa etapa que precede a conclusão do ajuste e que, no campo dos contratos administrativos, é peculiarizada pela existência da licitação e, mesmo antes, pela fase preparatória do procedimento licitatório. Seu conteúdo, afirma Stiglitz⁶¹, varia segundo a função econômico-social do negócio que talvez seja celebrado, sendo, por isto mesmo, de difícil, senão impossível, descrição prévia. Para as partes, a importância da fase formativa é manifesta: de um lado, permite a formação de um juízo de valor em torno da conveniência, ou não, da conclusão do negócio; de outro, sua importância está na direta razão dos efeitos que derivam daquelas situações em que se frustram as tratativas, danosamente, para uma das partes⁶², ou em que a disciplina pré-definida no procedimento prévio ao ajuste não é observada. Por isto nessa etapa os negociadores – Administração e particulares - devem, reciprocamente, lealdade e correção, “pois ambas têm razões para crer e confiar na outra, especialmente em que as negociações se desenvolvam seriamente, com diligência e sem má-fé configuradora do dolo, positivo ou negativo⁶³”.

Isto significa afirmar que existem deveres relativos ao mútuo comportamento ao longo das negociações, deveres de conduta tais como o de comunicar ao outro uma causa de invalidade do negócio, ou da possibilidade de sua modificação; o de não adotar uma posição de reticência perante o erro em que a contraparte incorra; o de evitar a divergência entre a vontade e a declaração; o de abster-se de propostas de contratos nulos por impossibilidade de objeto; o dever de não permanecer em inércia injustificada, provocando danos à contraparte em razão da inércia; o dever de não se retirar injustificadamente das tratativas quando estas já alcançaram determinado ponto capaz de gerar, no outro partícipe das negociações, a legítima expectativa de que as negociações evoluirão, e que o contrato será firmado nas condições negociadas ou prometidas, entre outras hipóteses. Por esta razão, nos mais diversos sistemas, “se halla aceptado que, si una de las partes, actúa de modo tal, que su acción o silencio no implican sino hacer inducir en error a la otra, se justifica una pretensión resarcitória, si la frustración culmina en daño. Es que el ordenamiento jurídico reacciona y exige sancionar la responsabilidad civil de quien, en el curso de las tratativas, perjudica los intereses de la otra parte, en consideración a una conducta que, como quedó expresado, vicia la voluntad del otro, o que provoca una abusiva extinción de esa fase preliminar, o de quien prolonga maliciosamente las negociaciones, luego de haber creado en la otra parte confianza acerca de la segura conclusión del contrato⁶⁴”.

⁶⁸ ALMEIDA COSTA, Mario Júlio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p 48, grifei.

⁶⁹ Acerca da relação obrigacional como um processo veja-se, por todos, COUTO E SILVA, Clóvis, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976.

⁵⁰ *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektionen gelangten Verträgen* (in Jherings Jarbücher, 4, 1861. Para uma síntese vide o meu

Se essa é a lição da doutrina argentina, não é diverso o ensinamento que vem de Portugal, da Alemanha, da França, da Itália. No primeiro tem-se como assente, diz Mario Júlio de Almeida Costa que, “através da responsabilidade pré-contratual, o que diretamente se tutela é a confiança recíproca de cada uma das partes em que a outra conduza as negociações num plano de probidade, lealdade e seriedade de propósitos, podendo-se chegar à formação de uma legítima expectativa da conclusão de um contrato válido e eficaz e da conseqüente obtenção futura dos proveitos ao mesmo ligados”⁶⁵.

A compreensão da operatividade do princípio da boa-fé permitiu, naquele país, que os juizes se libertassem “*da prisão do conceptualismo*”⁶⁶ e alargassem as hipóteses do dano pré-negocial para além dos casos tradicionais da *culpa in contrahendo*, nas quais a obrigação indenizatória ligava-se fundamentalmente ao chamado recesso intencional, isto é, quando se iniciavam ou prosseguiam as negociações “com o determinado propósito de ruptura, a que, todavia, se equiparavam outras hipóteses em que se verificava a consciência de causar prejuízo à contraparte”⁶⁷. Na antiga doutrina, vigorante nas primeiras décadas do século XX, exigia-se - para configurar-se a obrigação de indenizar - que o procedimento de qualquer das partes ocasionasse prejuízos à outra parte e que esse procedimento fosse um fato ilícito culposo. A ilicitude, contudo, só se configuraria se demonstrada a fraude⁶⁸, não constituindo ilicitude a ruptura arbitrária das negociações⁶⁹.

Paulatinamente, porém, foi a doutrina alargando a idéia de culpa, para fazer entrar, em seu conceito, a deslealdade pré-contratual, que caracterizaria uma espécie de abuso. Entre nós averbou Antônio Chaves:

“a conclusão a que se chega é a de que o elemento culpa intervém na generalidade dos casos. Pelo menos no sentido peculiar que toma em se tratando de responsabilidade pré-contratual e que foi apanhado por CHABAS: consistindo no fato do declarante ter promovido uma aparência prejudicial para outrem, se ela foi criada voluntariamente é um embuste, e a idéia de culpa parece indiscutível. Se ela foi formada involuntariamente, constitui o resultado de uma negligência ou de uma imprudência mais ou menos repreensível por parte do autor, mas em todos os casos a culpa aparece nitidamente caracterizada”⁷⁰.

Os Stiglitz afirmam, neste mesmo compasso, que na responsabilidade pré-contratual a culpa consiste na omissão das diligências exigíveis ao agente. “Não existe *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp. 485 e ss.

⁵¹ Para o exame deste tema em perspectiva comparativista, FRADERA, Vera Maria Jacob de. Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte, *Revista. Inf. Legislativa* n° 136, 1997, p. 175.

⁵² Para a idéia de ‘modelo jurídico’ veja-se REALE, Miguel, *Fontes e Modelos no Direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994.

o propósito deliberado (...) de frustrar as tratativas pré-contratuais, mas se chega igualmente a esse resultado por não haver tido, o sujeito, o cuidado de adotar as medidas necessárias para impedi-lo”⁷¹. E, em Portugal, Pedro de Ascensão Barbosa já vislumbrava culpa no caso, “de uma pessoa entrar em negociações com outra, a fim de celebrar um contrato, e usar, nessas negociações, de culpa, tal como a que consiste, por exemplo, em, sem Ter intenção de contratar, deixar aquela fazer despesas, contrair obrigações, desprezar lucros, etc. Aqui, há um facto ilícito que consiste em abuso de direito; e há prejuízo. Haverá, conseqüentemente, responsabilidade civil. Criou-se a expectativa de contratar que foi, ilicitamente, iludida por abuso de direito: haverá a obrigação de indemnizar os prejuízos que não se teriam verificado (danos negativos) se não fosse o projecto de contrato, em cuja quebra houve culpa”⁷².

Contudo, quem verdadeiramente abriu caminho, em Portugal, à moderna consagração do instituto - na qual a idéia de culpa é substituída pela de boa-fé - foi Vaz Serra, um dos elaboradores do Código Civil, cuja obra foi prosseguida por juristas de escol tais quais Mota Pinto⁷³, Pessoa Jorge⁷⁴ e Almeida Costa. É deste notável professor o mais pormenorizado ensinamento acerca do meio-ambiente no qual nasce a responsabilidade pré-negocial: após chamar a atenção para o processo formativo dos contratos, para o “processo genético que se inicia aos primeiros contactos das partes” descarta figuras que, muitas vezes, estão situadas nesse processo – tais como os contratos-promessa, os pactos de preferência, os acordos-quadros, todos eles dotados de vinculatividade contratual - para ocupar-se justamente dos “actos pré-negociais destituídos de qualquer garantia contratual específica, como em regra sucede”⁷⁵.

Mesmo no direito francês, o sistema *mater* da “*autonomie de la volonté*” tem-se logrado (conforme assegura Gisella Pignataro, em trabalho comparatista⁷⁶), atentar para a existência de *devoirs de loyauté* (deveres de lealdade) e *devoirs de renseignement* (deveres de esclarecimento), que perpassam a fase pré-contratual, e cuja infringência pode dar causa ao dano pré-contratual. O *devoir de renseignement* consiste no dever de esclarecer o futuro contratante, com lealdade, acerca dos pontos que seriam essenciais para a formação do seu consentimento, considerando-se, para medir a extensão do dever, “se a informação era suscetível de exercer uma influência sobre o consentimento do vendedor, de tal sorte que ele não teria concluído o contrato, ou só o teria concluído em condições mais favoráveis se ele delas tivesse tido conhecimento”⁷⁷.

⁵³ Opina, com correção, GIACOMUZZI: “A Administração Pública deve também submeter-se ao princípio da responsabilidade pré-contratual. Nenhuma razão há para afastá-la de tal encargo, sem que isso lhe tolha ou anule os poderes de revisão unilateral dos contratos, presente, sempre, a possibilidade de indenização em caso de culpa da Administração ou em razão da confiança legítima provocada no administrado”. (GIACOMUZZI, José Guilherme, *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 282).

Porém, não é apenas o silêncio doloso que é sancionado com a responsabilidade por danos, mas a mera violação da obrigação de informar lealmente o outro negociador, como anota Patrick Jourdain⁷⁸, o que se põe com especial intensidade quando entre os negociadores há efetiva *desigualdade de poderio*, como ocorre nas relações entre bancos e seus clientes ou entre o Estado e os particulares. Esse dever de lealdade pré-contratual, quando violado, pode ainda caracterizar a responsabilidade pela “perda de uma chance” (*perte d’une chance*”), noção já antiga em tema de responsabilidade civil, da qual dá exemplo Vera Fradera: o rompimento “brutal e unilateral dos *pourparlers* já bastante avançados engendra responsabilidade”⁷⁹. Tem, assim, a jurisprudência, dado novos rumos à regra do art. 1.135 do *Code Civil* para entender:

“uma negociação pode ser encerrada sem que haja contrato, pois esta faculdade decorre do princípio da autonomia da vontade; o que não se admite é rompê-la após ter suscitado na outra parte a confiança de que um contrato será concluído. Tal atitude acarreta a responsabilidade”⁸⁰.

Os deveres de lealdade pré-contratual se espraiam numa variada gama de hipóteses, seja a celebração de um contrato que depois vem a se revelar inválido, seja a quebra de deveres de informar sobre atributos da coisa a ser vendida, seja pela violação do dever de segredo por quem revela segredos ou fatos dos quais teve conhecimento em razão das tratativas, seja pelo chamado “recesso injustificado”, que consiste na retirada das negociações após ter gerado na contraparte a legítima expectativa de que o contrato seria celebrado, seja pela retirada, no último momento, e injustificadamente, das negociações para a repactuação de um acordo, etc; De todas essas hipóteses podem decorrer danos pré-contratuais, *fattispecie* que têm em comum, observa Carlos Alberto da Mota Pinto, o fato de se terem produzido por ocasião das tratativas negociais, “dada a confiança depositada pelas partes na validade do negócio jurídico celebrado ou na sua celebração futura”, responsabilizando-se o agente “que provocou essa frustração negocial”⁸¹.

A frustração negocial é manifesta na hipótese da interrupção injustificada das negociações, constituída por dois elementos apenas analiticamente cindíveis, quais sejam a *ruptura injustificada* e a *confiança legítima* que foi fraudada.

⁷⁸ ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 33.

⁷⁹ ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 33.

⁸⁰ A produção doutrinária e jurisprudencial brasileiras tradicionalmente acenavam à culpa como elemento necessário do suporte fático da responsabilidade pré-contratual. Já no final da década de 50 Antônio CHAVES podia ilustrar com a jurisprudência nacional a sua pioneira monografia, *Responsabilidade Pré-Contratual*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, sendo sempre lembrado o pioneiro

Melhor do que ninguém expõe Mario Júlio de Almeida Costa a questão da ilegitimidade da ruptura. “É fácil verificar”, afirma, “que o tema envolve dois aspectos, como um *prius* e um *posterius*: o de saber quando se pode pôr a questão da ruptura das negociações e a subseqüente controvérsia da sua legitimidade ou ilegitimidade”⁸². Para haver ruptura, é preciso (e aí está o *prius*) a existência de negociações, e que essas tenham sido levadas a cabo gerando a legítima expectativa de firmar-se um futuro negócio jurídico. É preciso que a ruptura tenha sido “ilegítima”, “desleal”, “arbitrária”, “injustificada”, ocupando-se o festejado civilista português em responder à questão de saber: quando é que a ruptura merece uma tal qualificação?

A expressão “ruptura ilegítima” (e as suas expressões correlativas) designa um conceito vago para cujo preenchimento é o intérprete chamado a atuar à vista das peculiares circunstâncias do caso, devendo proceder a uma “equilibrada ponderação dos interesses divergentes das partes e dos interesses trans-individuais do comércio jurídico”, no qual avultam os postulados de retidão de conduta e lisura que resultam da boa-fé⁸³. Ao fim e ao cabo, “ruptura justificada” e “legítima confiança” constituem - é ainda Almeida Costa quem sublinha - termos contrapostos, decidindo-se o predomínio da posição de uma ou de outra das partes “em consequência das respectivas condutas”⁸⁴. De tudo resulta que, “o problema da legitimidade da ruptura não se reconduz, com efeito, à indagação sobre se o seu motivo determinante é ou não justificado do ponto de vista da parte que a efectuou, mas, antes, importa averiguar se, independentemente dessa valoração pessoal, ele pode assumir uma relevância objectiva e de per si prevalente sobre a parte contrária”⁸⁵.

Ora, a avaliação desta “relevância objectiva” da qual a ruptura pode revestir-se para o outro negociador, que confiou no prosseguimento e no bom termo das negociações, *se põe com muito maior rigor para a Administração Pública do que para os particulares*. Se os deveres decorrentes do postulado geral da confiança não se aplicam apenas às relações interprivadas, eles são, pelo contrário, *até mesmo acrescidos* quando Administração Pública é parte porque, se nas relações interprivadas os deveres de agir segundo a boa-fé objectiva são, por vezes, relativizados pela incidência do princípio da autonomia privada, isto não ocorre nas relações de direito público, nas quais não há que falar em autonomia privada. É o fim, não a vontade que polariza a relação de administração, escreveu magistralmente Cirne Lima, há mais de meio século.

Contemporaneamente percebeu essa distinção Gabriella Racca, assinalando a “função moralizadora” exercida, na Itália, pela regra do art. 1337 do *Codice Civile*, impositiva da boa-fé e da correção (*correttezza*) na fase das tratativas para “todos os acórdão do STJ no Agravo de Instrumento n° 16.548, do ano de 1958, versando justamente à indenização por perdas e danos por parte de quem, entrando em tratativas com outrem, frustra a fundada esperança deste na realização do negócio (DJU de 15.9. 1958, p. 2.833/4). No mesmo sentido a doutrina de GOMES, Orlando, cuja edição de 1981 de *Contratos*

sujeitos do ordenamento jurídico (“*tutti i soggetti dell’ordinamento giuridico*”)⁸⁶, inclusa a Administração Pública. Avaliza esse mesmo entendimento Monatari, segundo o qual deve ocorrer, na avaliação da boa-fé pré-contratual, “um maior rigor na avaliação dos parâmetros de correção e boa-fé quando, ou pelo sujeito envolvido na hipótese (profissional, Administração Pública, empregador, banco) ou pelos instrumentos jurídicos com os quais as tratativas se desenvolvem (pacto de opção, cartas de intenção, “cartas de patrocínio”) se enseje uma maior confiança na conclusão do contrato ou na gestão diligente e correta das tratativas”⁸⁷.

Com efeito, a invocação do “sujeito envolvido” nas tratativas é da maior relevância, não só porque nas relações das quais participa ente público ou vinculado à Administração Pública é nulo o papel da autonomia privada, mas igualmente pela razão de aí incidir o princípio constitucional da moralidade pública, tão apropriadamente invocado no acórdão que introduz estes comentários. A moralidade, tal como inscrita, como princípio, no *caput* do art. 37 constitucional, consiste numa conduta conforme à seriedade, à probidade, à correção, isto é, à *correttezza* que o direito italiano deduz de uma conduta segundo a boa-fé, afastando, assim, a contraditoriedade, o engano, a lerdeza, a deslealdade.

A deslealdade da Administração face aos cidadãos configura verdadeiro problema de moralidade administrativa⁸⁸. Essa não é a moralidade subjetiva do agente, nem se confunde com a moral dos indivíduos, mas se configura na adstrição de uma *ética pública* que afasta, de *per si*, a deslealdade, a mentira, o engodo, a torpeza. A idéia de moralidade pública conota, pois, correção de conduta, seriedade, lealdade, probidade, qualificativos sempre atribuídos à conduta segundo à boa-fé.

Da adstrição a uma conduta séria, proba, correta, pautada, enfim, pela moralidade, decorrem os deveres de correção e lealdade, ainda *reforçados pela presunção de legalidade e legitimidade da ação administrativa e pela indiscutível desigualdade material das partes negociadoras*. É, pois, à vista do específico peso dos sujeitos em causa que os deveres pré-contratuais devem ser concretamente avaliados, assim como a medida da indenização ao dano causado.

B) O Dano à Confiança, e o seu regime jurídico.

já mencionava o instituto. (*Contratos*, 8ª edição, 1981, p. 65 e ss.); RODRIGUES, Silvío, *Direito Civil*, vol. III, 11ª edição, São Paulo, 1981 e PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsóti, t. XXXVIII, §§4.242 e 4.243

⁸⁷ COUTO E SILVA, Clóvis, *A Companhia Siderúrgica Mannesmann*, parecer, in *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 13, Porto Alegre, 1975.

A responsabilidade pré-negocial, derivada do inadimplemento do dever de correção e boa-fé, obedece ao regime jurídico da responsabilidade extracontratual⁸⁹ e objetiva, na forma do art. 37, parágrafo 6 da Constituição Federal. Há, mesmo, regra específica na Lei n 8.666/93 (art. 59, parágrafo único) que impõe o dever de indenizar por danos pré-negociais, mesmo na hipótese de o contrato vir a ser declarado inválido, desde que os prejuízos sejam “regularmente comprovados”. Além do mais, cabe lembrar que, na avaliação da conduta devida e do dever violado, é necessário ter em conta que as partes – ainda que não ligadas por vínculo contratual, forma de aproximação máxima do “contato social” – efetivamente *se aproximaram* numa situação de confiança que é diversa daquela, mais rarefeita, que vincula os que têm em comum apenas o fato de viverem em sociedade. Em suma: não obstante não se terem aproximado contratualmente, o contato social estabelecido foi mais intenso do que o que se verifica entre os que não têm outro vínculo senão o comandado pelo *neminem laedere*⁹⁰.

Todavia, embora seja seguido o regime da responsabilidade extracontratual, algumas peculiaridades são observadas. A primeira delas diz respeito ao que é indenizado: o que se indeniza é o “interesse negativo”, ou “interesse da confiança”.

Para bem compreender a distinção entre o chamado “interesse positivo” e o “interesse negativo”, devida aos doutrinadores italianos, considera-se que a ruptura injustificada das negociações torna inúteis as despesas feitas pelo negociador que as realizou porque confiou na seriedade das tratativas e no bom termo das negociações. A regra, é, portanto, que a indenização – o tornar *in demne*, sem dano - tem por fim “devolver a outra parte nas condições em que se encontraria se a sua confiança na persistência das negociações não tivesse sido desiludida”, na célebre expressão de Vivante citado por Antônio Chaves⁹¹.

A expressão “interesse de confiança”, equivalente a “interesse negativo” ou a “dano negativo”, traduz bem o escopo desta figura, que vem sendo progressivamente posta em relevo na medida em que cresce a atenção à responsabilidade pré-negocial: o interesse negativo aponta para a situação em que o credor se encontraria *se não tivesse celebrado o contrato*, ou entrado em negociações que se viram injustamente frustradas, seja pelo recesso injustificado de uma das partes, seja pela revelação indevida de segredos ou informações, seja pela não-dação de informações que teriam sido relevantes para formar o consenso contratual, seja pelo não-cumprimento de promessas feitas na fase

⁸⁸ Assim escrevi no “Prefácio” ao livro de CAPPELARI, Récio Eduardo, *Responsabilidade pré-contratual – aplicabilidade ao Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

⁸⁹ Assinala RACCA que a configuração da responsabilidade pré-negocial da Administração Pública permaneceu, por longo tempo, alheia ao fundamento de direito comum posto no art. 1337 do Código Civil Italiano (que impõe o dever de “correttezza

”na fase das tratativas). Assinala, contudo, constituir esse um “princípio relacional relativo a todos os sujeitos do ordenamento jurídico, entre os quais não pode ser afastada, ‘a pleno título’, aa Administração Pública que prepara-se para concluir um contrato. (RACCA, Gabriella: *La responsabilità*

pré-contratual que geraram a justa expectativa do credor, etc. Para apurá-lo, “encare-se o prejuízo que o lesado *evitaria* se não tivesse, sem culpa sua, confiado em que, durante as negociações, o responsável cumpriria os específicos deveres a elas inerentes e derivados da boa-fé, “máxime” convencendo-se de que a manifestação de vontade deste entraria no mundo jurídico tal como esperava, ou que havia entrado correcta e validamente⁹²”.

Não há identidade entre “interesse negativo” e “lucro cessante”. Segundo Almeida Costa, a indenização do interesse negativo abrange o dano emergente e o lucro cessante, já tendo alertado Antônio Chaves, há quarenta, anos que aquele não é de *per se* excludente dos lucros cessantes⁹³. Conseqüentemente, o interesse negativo inclui não só diminuições de valores existentes suportadas pelo lesado com os preliminares do contrato e a sua ruptura, mas, por igual, com os benefícios que deixou de obter, pois a obrigação de indenizar compreende:

“danos que representem desvalorizações ou perdas patrimoniais e danos que se configurem como não valorização ou frustrações de danos. O que importa é que tais prejuízos derivados da ruptura das negociações se liguem, numa ‘relação etiológica’ à confiança; quer dizer, devem ter-se verificado depois e por causa da própria confiança do lesado, que alicerça a responsabilização pré-contratual do lesante⁹⁴”.

Porém, essa relação etiológica - seja entre a efetiva diminuição do patrimônio, seja entre o que deixou de obter, e a confiança fraudada - deve ser direta e imediata, não abrangendo a mera potencialidade de um fato ou ato que não se chegou a realizar. Assim sendo, o interesse negativo consiste naquele que teria tido o prejudicado se a conduta do outro partícipe das negociações não tivesse despertado nele a *confiança* na conclusão do contrato, confiança em razão da qual o prejudicado antecipou despesas, com vistas à sua execução, ou deixou de auferir vantagem certa.

Doutrina e jurisprudência arrolam, exemplificativamente, despesas que se incluem no âmbito do interesse negativo: num caso de campanha publicitária, os gastos com gravações, contratação de atores, honorários de artistas, projetos, etc.⁹⁵; também o aluguel de armazéns, de navios, a compra de provisões, despesas postais, perdas sofridas por ter descuidado de providenciar a acomodação em outro lugar das mercadorias *precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Nápoles, Jovene, 2000, p. 460).

⁹⁰ Assim o nosso *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 481.

⁹¹ STIGLITZ, Ruben e STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 15.

⁹² STIGLITZ, Ruben e STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 17.

⁹³ STIGLITZ, Ruben e STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 19.

necessárias, ou por ter recusado outros negócios (“*perte d’une chance*”)⁶⁴; prejuízo causado aos direitos de personalidade pela indevida violação de informações conhecidas na fase pré-negocial, etc. De modo sintético afirma-se integrarem o interesse negativo todos os gastos realizados tendo em vista a legítima expectativa de realizar o futuro contrato. Como ensina Chaves, “os prejuízos indenizáveis a título de interesse negativo

⁶⁴ STIGLITZ, Ruben e STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 20 e 21.

⁶⁵ ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 42.

⁶⁶ ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 42.

⁶⁷ ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 42.

⁶⁸ Assim a posição de Guilherme MOREIRA, aludida por ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 42.

⁶⁹ Neste sentido o entendimento de CUNHA GONÇALVES, também aludido por ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p.. 43.

podem-se traduzir, como os demais, numa diminuição patrimonial positiva – as quantias despendidas, p. ex – ou na frustração de um lucro provável, como o que teria resultado da celebração de outro contrato, que só por intervir aquele deixou de se celebrar, não podendo no entanto a liquidação do dano incidir sobre a parte em que exceder o positivo⁹⁷”.

Diferentemente, o “interesse positivo” não é computado para fins de indenização porque esse é o que resultaria da *realização* do negócio. Exclui-se da indenização o interesse positivo pelo simples fato de que as perdas e danos não podem referir-se ao inadimplemento de um negócio que nunca fora concluído, mas tão somente às perdas que o lesado teve justamente *porque* o negócio não fora concluído, ou a promessa, cumprida, violando-se o dever de agir segundo a boa-fé pré-negocial.

Conclusão.

A vagueza semântica que reveste a expressão “dever pré-contratual de agir segundo a boa-fé” consente à jurisprudência desenhar os contornos da responsabilidade pré-negocial da Administração Pública consoante a evolução da consciência social, e mediante a progressiva especificação das decisões que sancionam os comportamentos contrários àquela norma de conduta⁹⁸, consoante o concreto contexto econômico-social no qual se desenvolve a operação. Nessa tarefa, porém, não deve ser esquecido o secular debate que move a filosofia política – pelo menos desde Maquiavel – acerca da *ética da ação pública*, pois Direito e Ética não estão de modo algum afastados.

No século XX, Max Weber, retomando as lições do célebre florentino, propôs a noção das “duas éticas”: a “ética dos princípios”, que orientaria a ação privada, e a “ética da responsabilidade”, que estaria a direcionar a ação pública⁹⁹. A “ética dos princípios” regeria a ação privada porque esses derivariam da consciência individual, sendo ralo o seu caráter normativo. A “ética da responsabilidade” regeria a ação pública, por ser a ética da ação. Lamentavelmente, como anota Janine Ribeiro¹⁰⁰, a expressão “ética da responsabilidade” tem-se prestado a equívocos, e “o maior erro a seu respeito consiste em entendê-la como uma não-ética”, já que, na política, “tudo seria válido, já que validado pelos resultados¹⁰¹.” Não é, contudo, assim. A “ética da responsabilidade” é uma ética da ação política, é a ética não apenas do governante, mas de “todo aquele que vê o social como podendo e/ou devendo ser plasmado por uma ação criadora – e pouco importa se esta é a indivíduo ou a do grupo. *A essa ação que cria o social, cabe chamar de ação política*”¹⁰².

Do mesmo modo, nesse início do século XXI, a expressão “ética dos princípios” não pode mais restar restrita à ação individual, mormente quando se afirma e reafirma,

inclusive na portada constitucional, a *normatividade* dos princípios acolhidos pelo Direito. Será possível afirmar, pois, que a ação pública inspira-se, também, na “ética da confiança”, que reúne, numa complementaridade, a ética dos princípios e a ética da responsabilidade. Cabe à doutrina, e à jurisprudência, guiadas pelos princípios do Ordenamento, a responsabilidade de viabilizar, nos campos e competências que lhe são próprios, o instrumental hábil à criação de modelos – tais como o da responsabilidade pré-negocial pela confiança iludida - que auxiliem a moldar, criativamente, a esfera do público que é *social*, ambas exercendo, assim, a sua legítima ação na *polis*.

Referências Bibliográficas

ALBUQUERQUE, Ronaldo Gatti de: Constituição e Codificação: a dinâmica atual do binômio, in *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp.72-86.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

ALMEIDA COSTA, Mario Júlio *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constituição e Codificação: primórdios do binômio, in *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 54-71.

BORDA, Alejandro, *La Teoría de los Actos Propios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ª edição atualizada e ampliada, 2000.

BRANCO, Gérson, *A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e efeitos*, Porto Alegre, 2001, inédito.

CAPPELARI, Récio Eduardo, *Responsabilidade pré-contratual – aplicabilidade ao Direito Brasileiro*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1995.

CASTILLO BLANCO, Federico: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Pré-Contratual*, Rio de Janeiro, Forense, 1959

COSTA DA SILVEIRA, Michele: As grandes metáforas da bipolaridade, in *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp 21-53.

COUTO E SILVA, Almiro, Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Resultantes do Planejamento, in *Revista de Direito Público*, v. 63, pp. 29-36.

COUTO E SILVA, Almiro: Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo. In: *Revista de Direito Público*, n. 84, pp. 46-63;

COUTO SILVA, Almiro: Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1997, vol. 209: 43-70.

COUTO E SILVA, Almiro: Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 1990, vol. 179/80: 51-92.

COUTO E SILVA, Clóvis. *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile em Drot Brésilien et Comparé*, Cours fait a la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, Paris XII, Porto Alegre, 1988, datilografado.

COUTO E SILVA, Clóvis, “O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português”, in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.

COUTO E SILVA, Clóvis, *A Obrigação como Processo*, São Paulo, José Bushatsky, 1976.

COUTO E SILVA, Clóvis, *A Companhia Siderúrgica Mannesmann*, parecer, in *Revista da Consultoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 13, Porto Alegre, 1975.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte*, Revista. Inf. Legislativa n° 136, 1997.

FREZZA, Paolo, Fides Bona, in *Studi sulla buona fede*, Milão, Giuffrè, 1975.

GENRO, Tarso, *A Relação da Administração Pública com a Sociedade*, in *Anais do XXIV Encontro Nacional de Procuradores Municipais*, Porto Alegre, 1998, p.57

GHESTIN, Jacques, Recueil Dalloz, Sirey, 1984, 33 ème Cahier, Jurisprudence, 457.

GIACOMUZZI, José Guilherme, *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administração Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002.

GONZALES-PERES, Jesus: *El principio general de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, Madri, Civitas, 1989,

IRTI, Natalino, *Società Civile*, Milão, Giuffrè, 1992.

IRTI, Natalino, *Codice Civile e Società Política*, Roma, LATERZA, 3ª edição, 1999, p.

JANINE RIBEIRO, Renato. *A sociedade contra o social. O alto custo da vida pública no Brasil*. São Paulo, Companhia das Letras, primeira reimpressão, 2000.

JOURDAIN, Patrick, *Le devoir de se renseigner*, Paris, Recueil Dalloz, 1983, Chronique, p. 139.

LUDWIG, Marcos de Campos: Direito público e direito privado: a superação da dicotomia, in *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 87-120.

MANGANARO, Francesco: *Principio di Buona Fede e Attività delle Amministrazioni Pubbliche*, Nápoles, Edizione Scientifiche Italiane, 1995.

MARTINS-COSTA, Judith. *Alternativas de gestão da Administração Pública: o Regime Jurídico das Concessões e Permissões Municipais*, Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, 13, 1999, p. 32.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e solidariedade social entre cosmos e taxis: a boa-fé nas relações de consumo, ensaio integrante de *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 611-661.

MENEZES CORDEIRO, António M. *Tratado de Direito Civil Português – I – Parte Geral*, T. 1, Coimbra, Almedina, 2ª edição, 2000

MONATERI, Pier Giuseppe Monateri, *La Responsabilità Contrattuale e Precontrattuale*, UTET, Turim, 1998.

MOTA PINTO, Carlos Alberto. A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. XVI, 1966.

MOTA PINTO, Carlos Alberto : *Cessão de Contrato*, São Paulo, Saraiva, 1985.

PESSOA JORGE, Fernando, A formação do contrato à face do novo Código Civil Português, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1975, vol. 249, p. 56 ..

PIGNATARO, Gisella. *Buona Fede Oggettiva e Rapporto Giuridico Precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, ESI, Salerno, 1999.

RACCA, Gabriella: *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Nápoles, Jovene, 2000.

REALE, Miguel, *Invariantes Axiológicas*, Revista Brasileira de Filosofia, v. XXXIX, n. 167, São Paulo, p. 232

REALE, Miguel, *Fontes e Modelos no Direito: para um novo paradigma hermenêutico*, São Paulo, Saraiva, 1994.

STIGLITZ, Ruben e STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

VON GEHLEN, Gabriel Menna Barreto: O chamado Direito Civil Constitucional, in *A Reconstrução do Direito Privado – reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais no Direito Privado*, (org.) MARTINS-COSTA, Judith, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002,

- ⁷⁰ CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Pré-Contratual*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 173., grifei.
- ⁷¹ STIGLITZ, Ruben e STIGLITZ, Gabriel, *Responsabilidad Precontractual*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 35.
- ⁷² ASCENÇÃO BARBOSA, Pedro, *Do contrato-promessa*, Coimbra, 1957, pp. 77 e ss, transcrito por ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 43.
- ⁷³ Veja-se, do autor, A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Supl. XVI, 1966, e *Cessão de Contrato*, São Paulo, Saraiva, 1985.
- ⁷⁴ PESSOA JORGE, Fernando, A formação do contrato à face do novo Código Civil Português, *Revista Forense*, Rio de Janeiro, 1975, vol. 249, p. 56 e ss.
- ⁷⁵ ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 47.
- ⁷⁶ PIGNATARO, Gisella, *Buona Fede Oggettiva e Rapporto Giuridico Precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, ESI, Salerno, 1999, p. 53 e ss.
- ⁷⁷ GHESTIN, Jacques, comentário em Recueil Dalloz, Sirey, 1984, 33^{ème} Cahier, Jurisprudence, 457, traduzi. No original: "si l'information était susceptible d'exercer une influence sur le consentement de l'acheteur, de telle sorte qu'il n'aurait pas conclu le contrat, ou ne l'aurait conclu qu'à des conditions plus favorables s'il en avait eu connaissance".
- ⁷⁸ JOURDAIN, Patrick, Le devoir de se renseigner, Paris, *Recueil Dalloz*, 1983, Chronique, p. 139, traduzi. No original: "Le silence déloyal par le banquier constitue une violation des dispositions de l'article 1134 du Code Civil énonçant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi".
- ⁷⁹ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte*, Revista. Inf. Legislativa n° 136, 1997, p. 174.
- ⁸⁰ FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Dano pré-contratual: uma análise comparativa a partir de três sistemas jurídicos, o continental europeu, o latino-americano e o americano do norte*, Revista. Inf. Legislativa n° 136, 1997, p. 174.
- ⁸¹ MOTA PINTO, Carlos Alberto, *A responsabilidade pré-negocial pela não conclusão dos contratos*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Supl. XIV, Coimbra, 1966, p.150.
- ⁸² ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 60.
- ⁸³ ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 61.
- ⁸⁴ ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, pp. 61 e 62.
- ⁸⁵ ALMEIDA COSTA, Mario Julio, *Responsabilidade civil pela ruptura das negociações preparatórias de um contrato*, Coimbra, 1984, p. 62, grifamos.
- ⁸⁶ RACCA, Gabriela M. *La responsabilit  precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Nápoles, Jovene Editore, 2000, p.307.
- ⁸⁷ MONATERI, Pier Giuseppe Monateri, *La Responsabilit  Contrattuale e Precontrattuale*, UTET, Turim, 1998, p.386, grifei e traduzi. No original: "un maggior rigore nella valutazione dei parametri di correttezza e buona fede ladove, o per il **oggetto coinvolto** nella vicenda (professionista, pubblica amministrazione, datore di lavoro, banca), o per gli **strumenti giuridici** com cui la trattative si svolge (patto d'opzione, lettere d'intenti, lettere di patronage), si dia luogo ad un maggior affidamento sulla conclusione del contratto o sulla gestione diligente e corretta delle trattative".
- ⁸⁸ Com o mesmo argumento, excelentemente desenvolvido, o trabalho de GIACOMUZZI, José Guilherme, *A Moralidade Administrativa e a Boa-fé da Administra o Pública – o conteúdo dogmático da moralidade administrativa*. São Paulo, Malheiros, 2002.
- ⁸⁹ Novo Código Civil, art. 927 c/c arts. 186 e 187.
- ⁹⁰ Vide por todos COUTO E SILVA, Clóvis, *Principes Fondamentaux de la Responsabilit  Civile em Drot Brésilien et Compar *, Cours fait a la Faculté de Droit et Sciences Politiques de St. Maur, Paris XII, Porto Alegre, 1988, datilografado.
- ⁹¹ CHAVES, Antonio. *Responsabilidade Pré-Contratual*, Rio de Janeiro, Forense, 1959, p. 215.
- ⁹² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obriga es*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2001, p. 548, grifamos.
- ⁹³ CHAVES, Ant nio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 214.
- ⁹⁴ ALMEIDA COSTA, Mario Julio. *Responsabilidade civil pela ruptura das negocia es preparatórias de um contrato*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 77.
- ⁹⁵ Ac. Do TJSP, in RT 206/207, Rel. Des. FREDERICO MARQUES, citado por CHAVES, Ant nio. *Responsabilidade Pré-Contratual*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 214.

A Cláusula de Eleição de Foro em Contratos Internacionais¹

Marta Gonçalves da Silva Soares

1. INTRODUÇÃO

A negociação de qualquer contrato internacional² implica não somente na abordagem e definição das cláusulas que reflitam as condições negociais, mas também as relativas à eleição de foro e lei aplicável ao contrato.

Apesar da relevância dos inúmeros temas que cercam a negociação e estipulação das cláusulas inseridas nos contratos internacionais, o presente trabalho restringir-se-á à problemática da eleição de foro nestes contratos, enfatizando as limitações impostas à liberdade contratual pelo ordenamento jurídico pátrio.

É mister ressaltar, preliminarmente, que a prévia análise das disposições existentes nos ordenamentos jurídicos envolvidos pelo contrato internacional, visando a delimitação das diversas cláusulas contratuais, dentre as quais a de eleição de foro,

¹ Monografia apresentada no Curso de Especialização (Pós-Graduação *Latu Sensu*) "O Novo Direito Internacional", organizado pelo Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 1ª edição, 1999-2000, sob a coordenação da Professora Dra. Cláudia Lima Marques.

² Conforme ressalta BASSO, Maristela, in: *Contratos Internacionais do Comércio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 17-18, não é fácil definir um contrato internacional, inexistindo uma única e uniforme conceituação do mesmo. Contudo, normalmente verifica-se, consoante ensinamentos de STRENGER, Irineu, in: *Contratos Internacionais do Comércio*. 3ª ed., São Paulo: LTr, 1998, p. 30, que os contratos internacionais se caracterizam pela sua "vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além de outros dados de estraneidade, como o domicílio, a nacionalidade, a *lex voluntatis*, a localização da sede, centro de principais atividades, e até a própria conceituação legal." ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza, in: *Estudo Comparativo sobre os Contratos Internacionais, Aspectos Jurídicos e Doutrinários*. *Contratos Internacionais*, 2ª ed. rev. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 52-53, esclarece, por sua vez, que são justamente estes elementos de estraneidade relativos à conclusão, capacidade das partes ou objeto, ligando o contrato de forma efetiva ou potencial a dois ou mais sistemas jurídicos, que caracterizam um contrato internacional, diferenciando-o daquele de direito interno.

consiste, acima de tudo, em um elemento de segurança jurídica das partes³, as quais têm conhecimento de eventuais implicações ou argumentos a serem utilizados, quando de um litígio envolvendo o contrato celebrado.

Note-se que embora as partes tenham, a princípio, liberdade de escolha do foro para reger o contrato e existam vários foros competentes de diferentes países, o que acarreta o *forum shopping* decorrente da escolha daquele mais favorável, há normas que devem ser observadas e consideradas quando da negociação de um contrato na esfera do direito internacional.

É, portanto, de suma importância analisar as disposições contidas no ordenamento jurídico brasileiro, além da posição dos tribunais acerca do tema, a fim de verificar eventuais limitações que restrinjam ou afastem o disposto pelas partes no tocante ao foro eleito para proceder ao julgamento das controvérsias originárias do contrato internacional firmado pelas mesmas. Este consiste, em suma, do objeto do presente trabalho.

Em um primeiro momento, será apresentado um breve relato histórico acerca da aceitação das cláusulas de eleição de foro, além da diferenciação desta cláusula e daquela que elege a lei aplicável ao contrato.

Após uma breve abordagem histórica e delimitação conceitual, analisaremos a questão da liberdade contratual na estipulação das cláusulas de eleição de foro em contratos internacionais, bem como as limitações presentes no ordenamento jurídico pátrio. Também serão objeto de estudo, ainda que de forma sucinta, as disposições constantes do Protocolo de Buenos Aires, que rege o tema no âmbito do Mercosul.

O objetivo, portanto, é apresentar um estudo o qual aborde as diferentes circunstâncias que poderão ser consideradas pelo ordenamento jurídico pátrio para afastar ou não a atuação do juiz brasileiro em causas que versem sobre contratos com cláusulas de eleição de foro tanto aqui quanto em país estrangeiro.

Cumprе mencionar, outrossim, que o presente trabalho limitar-se-á à análise do tema em relação aos contratos internacionais firmados entre pessoas físicas e jurídicas de diferentes países, sem contemplar quaisquer hipóteses envolvendo Estados como partes contratantes e eventuais implicações decorrentes de imunidades de jurisdição.

Ressalte-se, por fim, que as constatações e conclusões a serem apresentadas têm por base não somente os doutrinadores pátrios, mas também alguns artigos de autores estrangeiros acerca do tema. A jurisprudência, por sua vez, não se restringe a nenhum tribunal nacional ou estrangeiro específico, sendo citada de forma exemplificativa toda vez que necessária para ilustrar o assunto abordado.

³ Neste sentido, BORN, Gary B., in: *International Civil Litigation in United States Courts*. Third Edition. Den Haag, Holanda: Kluwer Law International. 1996, p. 372, menciona a decisão Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506, 516 (1974) da Suprema Corte norte-americana em que foi ressaltada a importância da especificação da cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais. No referido caso foi decidido que "a contractual provision specifying in advance the forum in which disputes shall be litigated and the law to be applied is... an almost indispensable precondition to achievement of the orderliness and predictability essential to any international business transaction."

2. A DELIMITAÇÃO DA CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO

2.1. ABRANGÊNCIA

Quando de um litígio envolvendo um contrato internacional, o juiz estatal deverá, preliminarmente, verificar se é competente para o julgamento do feito para, após, analisar qual a legislação (nacional ou estrangeira) que rege o caso concreto. Dependendo do país no qual o feito é julgado, a legislação aplicável ao contrato poderá ser diversa, por força das normas de direito internacional privado e elementos de conexão previstos no ordenamento jurídico daquele país no qual a ação foi ajuizada e está sendo julgada.

Uma questão está diretamente relacionada à outra, sendo, portanto, imprescindível, na esfera do direito internacional privado, analisar o conteúdo das cláusulas referentes à escolha da lei e do foro do contrato, pois apesar de distintas, devem ser discutidas e convenionadas de forma conjunta, tendo em vista que uma tem implicação direta na outra, em especial nos ordenamentos jurídicos que não admitem a liberdade de escolha da lei aplicável ao contrato, como ocorre no direito brasileiro.

Em decorrência da cláusula de eleição de foro, é estipulado o foro no qual serão apreciadas e julgadas eventuais controvérsias originárias do contrato. As partes podem, a princípio, livremente convenionarem esta cláusula, salvo eventuais limitações existentes no ordenamento jurídico do foro eleito e também daquele das partes contratantes, o que será abordado na terceira parte deste trabalho.

Difere da cláusula de eleição da lei aplicável ao contrato, através da qual é convenionada a legislação a ser observada tanto pelas partes quanto pelo órgão julgador. Além da limitação imposta pela ordem pública, há ordenamentos que expressamente vedam a livre estipulação da lei aplicável ao contrato. Contudo, considerando que o objeto do presente estudo restringe-se às cláusulas de eleição de foro, limitamo-nos a salientar, em relação às cláusulas de eleição de lei, que o artigo 9º, *caput*, da Lei de Introdução ao Código Civil não contemplou, no direito pátrio, a autonomia da vontade como elemento de conexão, impossibilitando que as partes livremente estipulem qual a lei aplicável ao contrato internacional firmado pelas mesmas⁴.

Esta distinção é de suma importância, pois, conforme salienta Nadia de Araujo⁵, apesar da influência que uma cláusula exerce na outra, ambas não se confundem: *“É preciso deixar bem claro que a cláusula de eleição de foro e de lei aplicável ao contrato não se confundem. Pode-se escolher um determinado foro para discutir os litígios advindos da relação contratual e naquele local utilizar-se a lei de um terceiro país no que diz respeito às regras*

⁴ Em relação à autonomia da vontade e cláusula de eleição de lei no ordenamento jurídico brasileiro, vide ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2ª edição revista e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁵ In: *A autonomia da vontade nos contratos internacionais – direito brasileiro e países do Mercosul: Considerações sobre a necessidade de alterações no Direito Internacional Privado Obrigacional do Bloco*. Palestra proferida no Curso de Especialização “O Novo Direito Internacional” promovido pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 16.07.1999, p. 7.

materiais concernentes ao contrato em questão. No entanto, a redação e a escolha dessas cláusulas deve ser feita em conjunto, de modo que se o foro escolhido proibir a autonomia da vontade, a cláusula de lei aplicável poderá ser invalidada pelo juiz que estiver discutindo a questão em face de uma proibição da lei local. Desta forma, estão interligadas e as conseqüências de uma determinada escolha influem na outra cláusula.”

Assim também já se posicionava Arnoldo Wald⁶ acerca do tema, ao ressaltar que embora as cláusulas de eleição de foro e de lei aplicável a um contrato sejam distintas, devem ser analisadas conjuntamente: *“Os dois problemas, embora materialmente conexos, são distintos, importando a cláusula eletiva de foro na concessão de uma competência contratual à Justiça de determinada cidade ou de certo país, enquanto a escolha de lei estrangeira para firmar as conseqüências jurídicas do contrato se fundamenta no princípio da autonomia da vontade e estabelece o regime jurídico substantivo aplicável à relação jurídica. A primeira questão é puramente processual e se apresenta tanto no plano nacional como internacional, sendo a segunda tipicamente de direito internacional privado.”*

Neste contexto, percebe-se a importância de ambas as cláusulas, as quais, na negociação de um contrato internacional, deverão ser expressamente convenionadas pelas partes e analisadas conjuntamente em face de eventuais implicações decorrentes das normas existentes no ordenamento jurídico do país, cujo foro é eleito pelas mesmas.

Como visto e consoante os ensinamentos de Eduardo Espínola, *“quando se suscita alguma questão de direito internacional privado, o primeiro problema, que se apresenta, é o da autoridade competente para o exame e decisão da controvérsia”*⁷ e superada a questão da competência do órgão julgador deverá este verificar qual a legislação aplicável ao caso. A primeira questão a ser abordada é, portanto, a da competência e validade da cláusula de eleição de foro para que, após, possa ser analisado o disposto pelas partes no tocante à lei aplicável ao contrato firmado pelas mesmas.

A análise prévia destas questões evita, assim, que, quando do julgamento de uma causa envolvendo um contrato internacional, o juiz estatal, com base na *lex fori*, entenda que não é competente para o julgamento do feito, ou, tendo competência concorrente, afaste o disposto contratualmente pelas partes no tocante ao foro eleito, e, ainda, invalide

⁶ In: Validade das Convenções sobre foro do contrato. *Estudos e pareceres de Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 261.

⁷ In: *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. Volume III, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 184-185.

cláusula eletiva de lei, eis que diversa daquela prevista na legislação pátria ou consistente de matéria insuscetível de ser livremente pactuada pelas partes⁸.

O tema, portanto, é de suma importância e deverá ser cuidadosamente analisado mesmo que as partes convencionem e insiram uma cláusula de arbitragem no contrato firmado pelas mesmas.

Note-se que muito embora atualmente se verifique uma tendência de ser estipulada pelas partes uma cláusula de arbitragem, isto não obsta nem exclui, na vigência da Lei de Arbitragem Brasileira - Lei 9.307, de 23 de Setembro de 1996 -, a necessidade de inclusão da cláusula de eleição do foro competente para julgar eventuais questões que necessitem da intervenção do Poder Judiciário, sendo que *“a inserção dessa disposição sobre foro e lei aplicáveis à arbitragem, se encontra, na verdade, dentre aqueles acréscimos à cláusula arbitral tradicional sugeridos pelo bom senso no âmbito das negociações”*.

Com efeito, a Lei Brasileira de Arbitragem não afasta a participação do Poder Judiciário, conforme se verifica em relação aos artigos 6º, parágrafo único e 7º, 11, parágrafo único, 13, § 2º, 16, § 2º, em confronto com o artigo 20, §§ 1º e 2º, 22, §§ 2º e 4º, 25, 33, caput e parágrafos, e 35 e, portanto, eventuais questões relacionadas com a arbitragem poderão efetivamente ser apreciadas e julgadas pelo juiz estatal. Desta forma, o Poder Judiciário pode ser acionado para fixar honorários dos árbitros, julgar pedido de nulidade, invalidade ou ineficácia de convenção arbitral, determinar medidas coercitivas ou cautelares, quando necessárias, dentre outras, sendo, assim, prudente, as partes indicarem, desde já, o foro competente para julgamento das ações judiciais relativas à arbitragem.

Importante frisar que caso as partes não estipulem a cláusula de eleição de foro no contrato, será competente o juiz que teria conhecido da demanda se não existisse convenção arbitral, o que não guarda qualquer relação com o lugar da arbitragem. Desta forma, o fato de uma questão ser julgada por um tribunal arbitral localizado em

⁸ BORN, Gary B. In: *International Civil Litigation in United States Courts*. Third Edition. Den Haag, Holanda: Kluwer Law International. 1996, p. 440-445 transcreve decisão da United States District Court for the District of Puerto Rico, na qual fica patente a necessidade de previamente analisar o disposto na legislação dos países das partes contratantes, em especial no tocante à eleição de foro e lei aplicável a um contrato. No caso em tela, a empresa americana Royal Bed and Spring Co. ajuizou ação, em Porto Rico, por quebra de contrato de distribuição mercantil firmado em Curitiba, com a empresa brasileira Famosul Indústria e Comércio de Móveis Ltda.. O autor da ação postulou indenização por quebra de contrato com base na legislação de Porto Rico aplicável aos contratos de distribuição naquele país. As partes haviam previamente estabelecido que o Brasil seria o foro competente para o julgamento de eventuais controvérsias, tendo a Corte Americana sustentado a validade desta cláusula por ser o foro mais conveniente para o julgamento do feito. Contudo, caso o entendimento tivesse sido diverso, a empresa brasileira estaria sujeita às normas que regulam os contratos de distribuição em Porto Rico e poderia ter sido eventualmente condenada naquele país. Sendo a ação julgada no Brasil e tendo o contrato sido aqui firmado, provavelmente a empresa de Porto Rico não teria êxito na ação, eis que inexistente, a época, norma expressa regulando os contratos de distribuição mercantil no ordenamento jurídico brasileiro (o Novo Civil Brasileiro regula, no entanto, expressamente, a matéria). Verifica-se, assim, que dependendo do país no qual a ação fosse julgada, o resultado final da mesma poderia ser diverso, favorecendo uma ou outra parte contratante.

⁹ MELLO, Marcelo Oliveira e ANDRADE, Carlos Cesar Borromeu de. In: *A Arbitragem nos Contratos Comerciais e Petrolíferos Internacionais. A Arbitragem na Era da Globalização*. Coordenador: José Maria Rossani Garcez, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 154.

determinado país não implica necessariamente que este seja o foro competente para julgamento das questões submetidas à apreciação do Poder Judiciário. O lugar da arbitragem não determina, portanto, na sistemática da Lei 9.307/96, o foro competente estatal para julgamento de eventuais controvérsias.

Carlos Alberto Carmona¹⁰ ressalta que a sistemática prevista pelo legislador pátrio é diversa da estabelecida na legislação italiana, na qual a sede da arbitragem é um elemento de conexão relevante para a fixação da competência do juiz togado para a prática de atos relacionados ao juízo arbitral: *“O estabelecimento da sede da arbitragem não tem relevância no que se refere à fixação da competência do juiz estatal para as demandas ligadas ao juízo arbitral. Ao contrário dos italianos, que preconizam ser a sede elemento de conexão relevante para a fixação de competência do juiz togado para a prática de atos que interessam ao juízo arbitral (o juiz do local onde esteja situada a sede da arbitragem será competente, inclusive, para o depósito do laudo, quando condenatório), o legislador pátrio adotou outro critério (histórico, aliás), prevendo que será competente para praticar os atos ligados à arbitragem (antes, durante e depois: para a demanda de que trata o art. 7º, para as providências a que se refere o art. 22, § 4º, e para a demanda de anulação de que cuida o art. 32) o juiz que dela teria conhecido se não existisse convenção arbitral (ou seja, o juiz natural), tudo sem prejuízo de elegerem as partes foro para a eventualidade de terem de recorrer ao Poder Judiciário.”*

Da mesma forma como ocorre no direito italiano, Peter Nygh¹¹ ressalta que esta posição é também adotada pelo direito inglês, segundo o qual *“the traditional view, at least among English lawyers, is that the arbitration has a forum, like any other national court, and that it is the situs of the arbitration.”*

Percebe-se, novamente, a necessidade de verificar as normas existentes nos ordenamentos jurídicos com alguma relação com o contrato firmado entre as partes, além da legislação em vigor no país sede da arbitragem e das regras da Câmara de arbitragem, caso escolhida pelas partes, pois é possível que, dependendo da análise destes fatores, seja também recomendável inserir, assim como ocorre na sistemática da Lei de Arbitragem Brasileira 9.307/96, cláusula de eleição de foro para o julgamento das questões ligadas à demanda referente à arbitragem.

Marcelo Oliveira Mello e Carlos Cesar Borromeu de Andrade¹² recomendam, ainda, a fim de escolher o foro para solução das controvérsias relacionadas à arbitragem, seja analisado o ordenamento jurídico do país cuja lei e foro melhor se adaptem à solução de possíveis conflitos, considerando a possibilidade de execução forçada de uma sentença arbitral, além da garantia de parâmetros mínimos para eventual questionamento judicial da sentença arbitral.

¹⁰ In: *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 143.

¹¹ In: Choice of Forum and Law in International Commercial Arbitration. *Forum Internationale* nº 24, Junho de 1997. Palestra proferida no Forum Internacional em Haia, em 1º de Novembro de 1996. Holanda: Kluwer Law International, 1997, p. 03.

¹² In: *A Arbitragem nos Contratos Comerciais e Petrolíferos Internacionais. A Arbitragem na Era da Globalização*. Coordenador: José Maria Rossani Garcez, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 154-155.

Eventual cláusula de arbitragem não exclui, portanto, a prévia análise, negociação e inclusão de cláusula de eleição do foro no contrato firmado entre as partes, pois existem questões relacionadas à arbitragem que demandam a intervenção do Poder Judiciário e, como visto, o lugar da arbitragem não é necessariamente elemento indicativo do foro competente.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Embora a cláusula de eleição de foro seja amplamente aceita, é importante ressaltar que nem sempre este foi o posicionamento adotado pelos tribunais, tendo a abordagem desta questão evoluído até alcançar o status atual de aceitação, ressalvadas eventuais limitações existentes, as quais serão objeto de análise na terceira parte deste trabalho.

Moacir Amaral¹³ ressalta que o *forum contractus*, ou seja, o foro da convenção das partes, consiste de prática existente desde o direito romano, tendo sua utilização tomado grande impulso na Idade Média, em decorrência do intenso desenvolvimento do comércio entre diferentes povos de distintas regiões.

Apesar de sustentada por Moacir Amaral a admissibilidade da eleição de foro desde o direito romano, Jacob Dolinger¹⁴, por sua vez, ressalta que verificava-se antigamente uma repulsa dos tribunais em relação à liberdade contratual para a escolha do foro, tendo a Cour de Cassation decidido em 1843 que a competência dos tribunais era “*questão de ordem pública que não podia ser excluída por acordo.*”

No Brasil, apesar de atualmente a cláusula de eleição de foro ser amplamente aceita no ordenamento jurídico pátrio, inclusive existindo Súmula¹⁵ do Supremo Tribunal Federal sustentando a validade da mesma, verifica-se que, inicialmente, também existiu relativa oposição à mesma.

Neste sentido, Jacob Dolinger¹⁶ menciona acórdão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro de 1906 (Dr. Coelho Rodrigues v. New York Life Insurance), no qual este decidiu que “*uma sociedade estrangeira que opera no Brasil fica submetida, nas operações realizadas no país, à competência dos tribunais brasileiros, não podendo contornar esta regra, que é de ordem pública, através de convenções que atribuam competência aos tribunais do local da sua sede social no estrangeiro.*”

A jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, no início do século XX, era justamente no sentido de que não poderiam ser homologadas no Brasil eventuais

¹³ In: *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º volume. 10ª ed. Atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 1983, p. 24.

¹⁴ In: *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese. Rio de Janeiro, 1979, p. 214.

¹⁵ Dispõe a Súmula 335, do Supremo Tribunal Federal que “*é válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato.*”

¹⁶ In: *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese. Rio de Janeiro, 1979, p. 214.

decisões proferidas por tribunais estrangeiros, quando aqui fosse residente ou domiciliado o réu¹⁷. Este posicionamento foi reforçado pela antiga Lei de Introdução ao Código Civil (Lei nº 3.071/16), a qual, em seu artigo 15, atualmente revogado pelo Decreto-Lei nº 4.657/42, determinava que *“rege a competência, a forma do processo e os meios de defesa a lei do lugar, onde se mover a ação; sendo competentes sempre os tribunais brasileiros nas demandas contra as pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil, por obrigações contraídas ou responsabilidades assumidas neste ou noutro país.”*

Constata-se que, em face do advérbio “sempre” contido no já revogado artigo 15 da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, não era permitido, na vigência desta, ao réu, domiciliado no Brasil, renunciar, através de cláusula contratual, à competência do foro brasileiro. Atualmente esta restrição refere-se unicamente às ações referentes à imóveis situados no Brasil, por força do disposto no artigo 12, § 1º, da Lei de Introdução do Código Civil e às matérias elencadas no artigo 89 do Código de Processo Civil Brasileiro, as quais apresentam hipóteses de competência absoluta da justiça brasileira.

Arnoldo Wald¹⁸, por sua vez, salienta que, no âmbito do direito interno, por algum tempo os tribunais pátrios também entenderam que não deveria prevalecer a convenção entre as partes relativa à eleição de um foro do contrato, tendo em vista o silêncio do Código de Processo Civil Brasileiro de 1939 sobre o tema.

Apesar desta omissão, destacou-se o posicionamento na doutrina e jurisprudências pátrias¹⁹, segundo o qual prevaleceria, na vigência do Código de Processo Civil de 1939, o disposto no artigo 42 do Código Civil Brasileiro²⁰, tendo o Código de 1973 reforçado esta posição, estabelecendo, expressamente, em seu artigo 111, que as partes *“podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.”*

¹⁷ Neste sentido, OCTAVIO, Rodrigo, in: *Manual do Código Civil Brasileiro*, volume 1, Parte Segunda, Direito Internacional Privado, arts. 8 a 21, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1932, 373, transcreve parecer do Ministro Pires e Albuquerque, então Procurador Geral da República, no processo de homologação nº 873, que reflete a posicionamento da época, segundo o qual os pedidos de homologação eram denegados, tendo em vista que, residindo o demandado no Brasil, o foro brasileiro era o único competente para o conhecimento da causa: *“Segundo o considerou o Egrégio Tribunal na homologação n. 666, julgada em 22 de Maio de 1912: Reconhecem os escritores de direito internacional, que, ainda quando haja leis expressas que declarem os Tribunais de um País competentes para processar e julgar ações intentadas contra estrangeiros, não é possível executar as sentenças proferidas por tais Justiças no País do réu. O art. 14 do Código Civil Francês, nota PILET, faculta julgamentos que nunca se executam no estrangeiro; proferidos pelos Tribunais franceses contra estrangeiros que não possuem bens na França; razões de ordem pública se opõem a que tais sentenças sejam executadas nos países onde residem os réus – (Princípios de Direito Internacional Privado). O mesmo ensina DESPAGNET no seu Précis de Droit International Privé. Essa doutrina tem sido invariavelmente seguida como se pode ver entre outras nas homologações números 676, de 1914, e 825, de 1925, e constitui jurisprudência pacífica.”*

¹⁸ In: *Validade das Convenções sobre Foro do Contrato. Estudos e Pareceres de Direito Comercial*. 1ª série. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972, p. 261-266.

¹⁹ Neste sentido, vide os comentários de VALLADÃO, Haroldo. O Contrato Internacional. *Revista Forense* nº 269, Ano 76, Janeiro-Março de 1980, p. 04.

²⁰ O artigo 42 do Código Civil Brasileiro assegura às partes contratantes a possibilidade de *“especificar o domicílio onde se exercitem e cumpram os direitos e obrigações deles resultantes.”*

Assim, segundo a posição atual a eleição do foro é amplamente aceita, tendo o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, conforme demonstrado por Arnaldo Wald²¹, firmado, a partir de 1951, sua posição no sentido de admitir a validade da cláusula de eleição do foro, culminando, em 16.12.1963, com a Súmula 335 deste órgão jurisdicional.

Da mesma forma e a título meramente ilustrativo para análise do tema na esfera internacional, ressaltamos que as cortes norte-americanas, historicamente, também sempre foram contrárias às cláusula de eleição de foro em relação aos contratos internacionais e também de direito interno²². Conforme menciona Gary B. Born²³, somente a partir do final da década de quarenta, as cortes norte-americanas começaram a abandonar a regra tradicional de que as cláusulas de eleição de foro seriam por si só inexecutáveis.

Nos Estados Unidos, em 1955 verifica-se uma decisão²⁴, na qual a cláusula de eleição de foro não foi rejeitada, tendo em vista a corte local ter entendido que a mesma seria razoável. Em 1964, a Corte Suprema dos Estados Unidos, ao analisar a questão da cláusula de eleição de foro, entendeu que *"it is settled that parties to a contract may agree in advance to submit to the jurisdiction of a given court, to permit notice to be served by the opposing party, or even to waive notice altogether"*, tendo sido, logo após, aprovado em 1968 o Model Choice of Forum Act regulando a matéria.

As disposições contidas no Model Choice of Forum Act foram a base para a nova redação da Seção 80 do Restatement (Second) Conflict of Laws, o qual permitiu a eleição de foro pelas partes, desde que este fosse justo ou razoável²⁵.

Gary B. Born²⁶ refere, ainda, que o *leading case* americano relativo ao tema da eleição do foro foi julgado um ano após o Restatement Conflict of Laws. No famoso caso *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*²⁷ foi decidido que as cláusulas de eleição de foro *"are prima facie valid and should be enforced unless enforcement is shown by the resisting*

²¹ In: Validade das Convenções sobre Foro do Contrato. *Estudos e Pareceres de Direito Comercial*. 1ª série. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1972, p. 261-266.

²² Neste sentido é o voto do Chief Justice Burger, no caso *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1 (1972), citado por BORN, Gary B., In: *International Civil Litigation in United States Courts*, Third Edition. Den Haag, Holanda: Kluwer Law International, 1996, p. 385, ao sustentar que *"forum selection clauses have historically not been favored by American Courts. Many courts, federal and state, have declined to enforce such clauses on the ground that they were 'contrary to public policy', or that their effect was to 'oust the jurisdiction' of the court. Although this view apparently still has considerable acceptance, other courts are tending to adopt a more a more hospitable attitude toward forum selection clauses."*

²³ In: *International Civil Litigation in United States Courts*. Third Edition. Den Haag, Holanda: Kluwer Law International. 1996.

²⁴ A referida decisão é *Wm. H. Muller & Co. v. Swedish American Line Ltd.*, 224 F.2d 806, Second Circuit, cert. Denied, 350 U.S. 903 (1955) citada por BORN, Gary B. In: *International Civil Litigation*. Third Edition. Den Haag, Holanda: Kluwer Law International. 1996, p. 374.

²⁵ Segundo a Seção 80 do Restatement (Second) Conflict of Laws, *"the parties' agreement as to the place of the action cannot oust a state of judicial jurisdiction, but such an agreement will be given effect unless it is unfair or unreasonable"*.

²⁶ In: *International Civil Litigation in United States Courts*. Third Edition. Den Haag, Holanda: Kluwer Law International. 1996, p. 377.

²⁷ 407 U.S. 1 (1972), the Unites States Court of Appeals for the Fifth Circuit.

party to be 'unreasonable' under the circumstances." Mais recentemente, no ano de 1991, no caso *Carnival Cruise Lines, Inc. v. Shute*²⁸, foi considerada válida a cláusula de eleição de foro contida em bilhete impresso de passagem de navio, sob o argumento de que seria razoável²⁹.

Verifica-se, portanto, a partir do célebre *leading case* *Bremen v. Zapata* uma aceitação cada vez maior das cláusulas de eleição de foro por parte não somente das cortes norte-americanas³⁰, mas também da legislação daquele país, citando-se, exemplificativamente, a *New York General Obligation Law* § 5-1402³¹, segundo a qual qualquer ação envolvendo uma empresa estrangeira poderá ser julgada em Nova York, desde que o litígio decorra de uma obrigação contratual de mais de US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares americanos) e as partes tenham expressamente convencionado que lá seria o foro competente para o julgamento da controvérsia.

A tendência, portanto, não somente no direito brasileiro como nos demais países é a aceitação da cláusula de eleição de foro, ressalvadas algumas limitações como abordaremos no tópico a seguir.

3. A ELEIÇÃO DE FORO E SUAS LIMITAÇÕES NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Conforme anteriormente mencionado, a cláusula de eleição de foro tem ampla aceitação no direito pátrio, inclusive existindo Súmula do Supremo Tribunal Federal sustentando a validade da mesma.

²⁸ 499 U.S. 585 (1991), the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit.

²⁹ É interessante transcrever parte da decisão em tela, a fim de demonstrar a fundamentação utilizada para atestar a razoabilidade da cláusula de eleição de foro: *"In evaluating the reasonableness of the forum clause at issue in this case, we must refine the analysis of Bremen to account for the realities of form passage contracts. As an initial matter, we do not adopt the Court of Appeals' determination that a non-negotiated forum selection clause in a form ticket contract is never enforceable simply because it is not the subject of bargaining. Including a reasonable forum clause in a form contract of this kind well may be permissible for several reasons: First, a cruise line has a special interest in limiting the fora in which it potentially could be subject to suit. Because a cruise ship typically carries passengers from many locales, it is not unlikely that a mishap on a cruise could subject the cruise line to litigation in several different fora. Additionally, a clause establishing ex ante the forum for dispute resolution has the salutary effect of dispelling any confusion about where time and expense of pretrial motions to determine the correct forum, and conserving judicial resources that otherwise would be devoted to deciding those motions. Finally, it stands to reason that passengers would purchase tickets containing a forum clause that at issue in this case benefit in the form of reduced fares reflecting the savings that the cruise line enjoys by limiting the fora in which it may be sued"*.

³⁰ Vide os comentários de MAIER, Harold G., In: *The U.S. Supreme Court and the "user-friendly" forum selection clause: the effect of the Carnival Cruise Lines on International Contracts. International Dispute Resolution: The regulation of forum selection (Fourteenth Sokol Colloquium)*. Coordenador: J.L. Godsmith. Irvinton, New York: Transnational Publishers, Inc., 1997, p. 53 acerca das cláusulas de eleição de foro e a evolução jurisprudencial norte-americana referente às mesmas.

³¹ Conforme esclarece BORN, Gary B., In: *International Civil Litigation in United States Courts*. Third Edition. Den Haag, Holanda: Kluwer Law International. 1996, p. 381, a *New York Obligation Law* § 5-1402 dispõe que *"any person may maintain an action or proceeding against a foreign corporation (...) arising out of a contractual obligation for more than \$ 1 million, where the parties' agreement (...) contains a provision (...) whereby such foreign corporation (...) agrees to submit to the jurisdiction of the courts of this state."*

Não obstante esta ampla aceitação e expressa previsão legal no nosso direito interno (artigo 111 do Código de Processo Civil Brasileiro), existem uma série de limitações em relação à eleição do foro de um contrato que devem ser observadas e consideradas pelas partes contratantes na esfera do direito internacional.

Neste capítulo, abordaremos as limitações existentes na legislação pátria, bem como as normas vigentes no Mercosul acerca do tema, destacando, ainda, a aplicação e utilização do princípio da efetividade para afastar a atuação do juiz estatal nacional.

3.1. ORDEM PÚBLICA

A primeira grande limitação à liberdade das partes para fixação das cláusulas de eleição de foro em contratos internacionais consiste na ordem pública.

Dispõe expressamente o artigo 17 da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro que *“as leis, atos e sentenças de outro País, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”*

Assim sendo, mesmo que eventualmente competente a autoridade judiciária do foro estrangeiro eleito pelas partes, este somente será válido se inexistir fraude à lei e violação à ordem pública³².

Indaga-se, no entanto, no que consistiria a ordem pública. Rodrigo Octavio³³, em 1932, já ressaltava a dificuldade de definir o conceito de ordem pública, concluindo que *“a definição de ordem pública permanece, pois no indeterminado do seu conceito, sendo que o critério mais geral e simples (...) é o que liga o princípio da ordem pública ao interesse geral da sociedade, com abstração do interesse privado do indivíduo.”*

Segundo Jacob Dolinger³⁴, o conceito de ordem pública seria de difícil delimitação, consistindo *“daqueles fenômenos que melhor se compreendem com o sentimento do que com a razão”*, sendo seus objetivos claros: *“A ordem pública no direito interno visa manter o equilíbrio das forças que se debatem no processo social, e, se via de regra a autoridade administrativa não pode atentar contra as liberdades individuais, necessidades fundamentais da sociedade podem eventualmente suspender esta interdição, se as partes contratantes são livres para exercer soberanamente suas vontades, novamente as necessidades sociais tem a força de cercear esta autonomia. Da mesma forma no Direito Internacional Privado a ordem*

³² O Supremo Tribunal Federal, no tocante à admissibilidade da eleição de foro estrangeiro, decidiu, em 24.01.1957, que *“o direito brasileiro reconhece o foro contratual, salvo quando existir impedimento de ordem pública”* (RE 30.636, Primeira Turma, Rel. Min. Candido Motta, Ementário vol. 298, p. 393). Neste mesmo sentido, vide as decisões do Supremo Tribunal Federal, referentes às Sentenças Estrangeiras de nº 993, de Portugal, RT 136/824; nº 1.080, DJ 09.08.1949, p. 2035 e de nº 1.095, DJ 29.04.1949, p. 3.003/4 referidas por FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. In: A Lei e o Foro de Eleição em tema de Contratos Internacionais, *Contratos Internacionais*, Coord. João Grandino Rodas, 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 126.

³³ In: *Manual do Código Civil Brasileiro*, volume 1, Parte Segunda, Direito Internacional Privado, arts. 8 a 21, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1932, 421-424.

³⁴ In: *A evolução da ordem pública no direito internacional privado*. Tese. Rio de Janeiro. 1979, p. XIII.

pública visa evitar que a aplicação de leis estrangeiras, conforme o comando das múltiplas regras de conexão, cause traumatismo na sociedade nacional. O limite do universalismo imanente a toda ciência jurídica internacional reside no ponto em que a aplicação da lei estrangeira venha a chocar filosófica, sociológica, econômica, jurídica ou politicamente o foro processualmente competente para dirimir o conflito de interesses ou a declaração de direitos.”

Em face da inexistência de uma definição legal de ordem pública, recomenda-se, a análise tanto das normas contidas no ordenamento jurídico, quanto da doutrina e da jurisprudência acerca do tema³⁵, a fim de verificar se a questão, naquele momento histórico, viola ou não a ordem pública.

A ordem pública, consiste, assim, em uma limitação à liberdade das partes, as quais não poderão violá-la, sob pena de acarretar a nulidade e inobservância da cláusula de eleição de foro pactuada pelas mesmas.

3.2 COMPETÊNCIA INTERNACIONAL

Além de eventual violação à ordem pública brasileira, cumpre ressaltar a necessidade de existir alguma relação do contrato e o foro eleito pelas partes contratantes. Exige-se, assim, que *“o foro escolhido tenha alguma relação, ou uma relação relevante com o contrato e que a escolha não tenha decorrido de tentativa de fraude à lei.”*³⁶

Neste sentido, José Inácio Gonzaga Franceschini³⁷ sustenta que a liberdade contratual em matéria de eleição de foro brasileiro somente pode ser exercida quando o foro eleito for admitido pelo Direito Processual Brasileiro, ou seja, *“quando presente*

³⁵ O Supremo Tribunal Federal manifestou-se acerca da violação à ordem pública em mais de uma ocasião, já tendo decidido, por exemplo, que *“tratando-se de causa para a qual a justiça brasileira tem competência concorrente (relativa) (artigo 88 do CPC) e não absoluta (artigo 89), seu ajuizamento perante a justiça inglesa não fere a ordem pública nacional”*, além de que *“a duplicidade de cartas rogatórias não configura violação à ordem pública, no Brasil, revestidas dos requisitos legais”* (STF, AGRCR 5.815, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanchez, j. 20.12.1992). Neste mesmo sentido, decidiu que *“tratando-se de competência relativa da Justiça brasileira para demanda, o STF tem decidido que nada impede o curso da carta rogatória, por não atentar contra a ordem pública ou a soberania nacional”* (AgRg na CR 4.964-1, Tribunal Pleno, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 22.03.1991, DJU 16.08.1991, in RT 677/241). Da mesma forma decidiu que *“não é admissível no Brasil a citação do réu pela forma inglesa do affidavit, pois, no tocante a forma do ato de procedimento, o direito brasileiro impõe que se observe a que é prevista no seu texto (art. 12, parágrafo 2º, da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro.”* (STF, AGRSE nº 2.671, Tribunal Pleno, Rel. Min. Antônio Neder, unânime, j. 04.06.1980, DJ 01.07.1980, p. 4943) e que *“o Supremo já firmou entendimento no sentido de que o sistema do júri civil, adotado pela lei americana, não fere o princípio de ordem pública no Brasil”* (STF, SEC nº 4.415, Tribunal Pleno, Rel. Min. Francisco Rezek, j. 11.12.1996, DJ 03.04.1998, p. 07). Contudo, o Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro (I TARJ, RT 589/221) já decidiu que *“ofende a ordem pública a eleição, em contrato impresso de natureza unilateral e adesivo, da competência da Justiça de País estrangeiro, com exclusão da brasileira, em relação a contratos executáveis no Brasil, a teor do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil”*, conforme ementa a seguir transcrita: *“Competência internacional – Transporte marítimo – Contrato de Adesão – Foro de eleição considerando competente Justiça do País estrangeiro- Contrato para ser cumprido no Brasil – Cláusula sem validade – Aplicação do artigo 9º da LICC.”*

³⁶ In: BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos Internacionais. *Revista Forense*, volume 270, ano 76, junho de 1980, p.95.

³⁷ In: A lei e o foro de eleição em contratos internacionais. *Contratos Internacionais*. 2ª ed., revista e ampliada, Coordenador João Grandino Rodas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 91-145.

ao menos um dos critérios ou elementos determinadores de jurisdição competente conhecidos pela ordem jurídica interna brasileira (ius fori).” Assim, a princípio, não poderia ser eleito, através de cláusula em contrato internacional, foro no Brasil, acaso não previsto dentro das hipóteses de competência internacional brasileira asseguradas na legislação pátria.

Botelho de Mesquita³⁸ esclarece que as partes não criam a competência internacional, mas simplesmente se servem desta competência já criada antes por ato soberano do Estado, excluindo, através da cláusula de eleição de foro, a atuação de um dos dois juízes competentes – nacional e estrangeiro - para o julgamento do feito.

Assim sendo, devem ser consideradas as normas existentes no ordenamento pátrio que disciplinam a competência judiciária internacional, as quais estão previstas nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil Brasileiro e também no artigo 12 da Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, com o escopo de verificar a existência de qualquer um dos elementos de conveniência de foro conhecidos pela legislação brasileira e a conseqüente possibilidade de eleição da justiça brasileira para o julgamento das controvérsias originárias de um contrato internacional, bem como as hipóteses nas quais somente esta, de forma exclusiva, pode conhecer da matéria.

Procederemos, desta forma, à análise das normas contidas na legislação pátria, a fim de delimitar a liberdade das partes, no que tange à estipulação de cláusula eletiva de foro em contrato internacional.

3.2.1. COMPETÊNCIA RELATIVA

Ainda que ambos os artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil Brasileiro disciplinem o tema da competência internacional, a cláusula de eleição de foro somente é possível nos casos de competência relativa ou concorrente previstas no referido artigo 88, tendo em vista que o artigo 89 disciplina as hipóteses de competência absoluta.

Cumpre, assim, abordar as hipóteses de competência internacional relativa previstas no ordenamento jurídico pátrio e as quais são contidas no artigo 88 do Código de Processo Civil Brasileiro, segundo o qual é competente a autoridade judiciária brasileira quando “(i) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; (ii) no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação e (iii) a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil”, reputando como domiciliado no Brasil para o fim do disposto no item (i) a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal.

Considerando o disposto no referido artigo do Código de Processo Civil Brasileiro, os elementos de conveniência de foro indicativos da competência internacional da justiça brasileira são o domicílio, o local do cumprimento da obrigação, o local da ocorrência do fato que gerou a obrigação e a localização no país de agência, filial ou sucursal da pessoa jurídica estrangeira.

³⁸ In: Da Competência Internacional e dos Princípios que a Informam. *Revista de Processo* nº 50, Ano XIII, Abril-Junho de 1988, p. 56-57.

Assim, somente se presentes um destes elementos de conveniência é possível estipular, por acordo das partes, a justiça brasileira como o foro competente para julgamento das controvérsias originárias do contrato internacional firmado entre as mesmas. Caso estes elementos de conveniência sejam inexistentes no caso em concreto, a justiça brasileira, a princípio, é incompetente para o julgamento do feito, mesmo que seja indicada livremente pelas partes na cláusula de eleição de foro convencionada pelas mesmas³⁹, pois conforme esclarecido por José Inácio Gonzaga Franceschini⁴⁰, “a vontade de particulares não modifica ou cria jurisdição ou competência, estas já preexistem à manifestação privada.” Assim, não cabe às partes atribuir a competência a um determinado país que não a possui; pelo contrário, pode-se, através de cláusula contratual, indicar um dentre os vários foros competentes para o julgamento do feito. A regra, no entanto, pode eventualmente comportar exceções, conforme se verificará ao analisarmos a questão do princípio da efetividade.

Impõe-se, portanto, analisar cada um destes elementos de conveniência previstos no ordenamento jurídico pátrio – artigo 88 do Código de Processo Civil -, a fim de delimitar as hipóteses nas quais as partes poderão livremente indicar, através de cláusula contratual, o Brasil como o foro para julgamento das controvérsias.

Note-se que o Código de Processo Civil refere-se unicamente ao domicílio e para definição do mesmo é preciso analisar as disposições contidas nos artigos 31 e 42 do Código Civil Brasileiro. Nada mais lógico do que acionar o réu no seu domicílio, independentemente de sua nacionalidade, circunstância esta que facilita a defesa do mesmo e a posterior execução do julgado⁴¹. Esclareça-se que, em relação à nacionalidade, tendo em vista que não incluída entre as hipóteses de competência *ratione loci*, somente será considerada como elemento indicativo da competência da justiça brasileira ou estrangeira quando ambas as partes contratantes forem de países ratificantes do Código

³⁹ Em relação há necessidade de que esteja presente um dos elementos de conveniência previstos no ordenamento jurídico pátrio, cumpre transcrever parte da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e publicada na RT 713/121, na qual concluiu-se que “*se in casu, o réu não é domiciliado no Brasil, nem se trata de obrigação que aqui se tenha de cumprir, nem a causa versa sobre imóveis situados no Brasil, a Justiça Brasileira não é competente.*” A ementa do acórdão é a seguir transcrita: “*Competência – Internacional – Contrato epistolar – Celebração em Londres com resseguradora – Contratantes domiciliados em países distintos – Competência, para a apreciação da matéria, do lugar em que reside o proponente – Art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil – Incompetência da Justiça Brasileira – Recurso não provido.*”

⁴⁰ In: A lei e o foro de eleição em contratos internacionais. *Contratos Internacionais*. 2ª ed., revista e ampliada, Coordenador João Grandino Rodas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 114-115.

⁴¹ Neste sentido, vide decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Agravo de Instrumento nº 1995.002.2155, Quarta Câmara Cível, Rel. Des. Wilson Marques, j. 14.05.1996, unânime), cuja ementa é a seguir transcrita: “*Competência. Interna e internacional. Réu domiciliado no Brasil. Competência da autoridade judiciária brasileira. Incompetência da autoridade judiciária estrangeira. Código de Processo Civil. Artigo 88, I. Aplicação. É competente a autoridade judiciária brasileira quando o réu, qualquer que seja sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil. Não altera essa regra de competência alegação da parte no sentido de que os atos reputados ilícitos foram praticados por empresa com sede no estrangeiro, em face da qual nenhuma ação foi proposta. Decisão interlocutória confirmada. Agravo improvido.*”

de Bustamante, eis que a nacionalidade foi expressamente consagrada no artigo 318⁴² do mesmo.

Verifica-se, também, que independentemente do lugar no qual o contrato foi celebrado e da nacionalidade das partes contratantes, sendo a obrigação cumprida no Brasil, competente é a autoridade judiciária para o julgamento da controvérsia. Da mesma forma, caso aqui tenha ocorrido o fato gerador da obrigação, a justiça brasileira terá competência concorrente para julgamento da lide.

No tocante à hipótese de agência, filial ou sucursal de pessoa jurídica no Brasil, parece-nos mais apropriado que somente as ações relacionadas às operações e negócios efetivamente realizados no Brasil por estas agências, filiais ou sucursais de pessoas jurídicas estrangeiras devem ser decididas pela justiça brasileira.

Neste sentido, é o entendimento de Celso Agrícola Barbi⁴³ acerca do tema ao comentar o parágrafo único do artigo 88: *“Naturalmente, dentro dos princípios que levam os países a limitar sua jurisdição, deve-se interpretar esse parágrafo como aplicável às demandas oriundas de negócios dessas agências, filiais ou sucursais, pois só essas causas é que podem interessar à ordem jurídica do País. Do contrário, um canadense residente em seu país natal poderia vir acionar uma empresa norte-americana por questões surgidas nos Estados Unidos, e sem qualquer ligação com o nosso País, apenas porque a ré tem agência em nosso País.”*

Percebe-se, portanto, que os elementos de conveniência que permitem a eleição da justiça brasileira para o julgamento do feito consistem daquelas hipóteses de competência relativa ou concorrente previstas no artigo 88 do Código de Processo Civil Brasileiro. Neste particular, reportamo-nos, ainda, aos comentários relativos ao princípio da efetividade constantes no item 3.4. do presente estudo.

Contudo, é de suma importância mencionar que, tratando-se de hipótese de competência concorrente da justiça brasileira e eventualmente eleito o foro de um país estrangeiro pelas partes contratantes, isto não obsta que a controvérsia seja julgada pela justiça brasileira, independentemente de estar sendo apreciada por corte do foro alienígena.

O Superior Tribunal de Justiça⁴⁴ já teve a chance de se manifestar sobre a matéria, sustentando expressamente que *“a cláusula eletiva de foro, em hipótese de competência internacional concorrente, não pode ter o condão de afastar a jurisdição brasileira por violar princípio constitucional”*, reportando-se à decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, segundo a qual *“válida a eleição de um foro estrangeiro, permanece a concorrência, isto é, a*

⁴² Segundo o artigo 318 do Código de Bustamante, *“o juiz competente, em primeira instância, para conhecer dos pleitos a que dê origem o exercício das ações cíveis e mercantis de qualquer espécie será aquele a quem os litigantes se submetam expressa ou tacitamente, sempre que um deles, pelo menos, seja nacional do Estado contratante a que o juiz pertença ou tenha nele o seu domicílio e salvo o direito local, em contrário. A submissão não será possível para as ações reais ou mistas sobre bens imóveis, se a proibir a lei da sua situação.”*

⁴³ In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, 10^a edição, Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 296.

⁴⁴ REsp nº 251438/RJ, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, j. 08.08.2000, DJ 02.10.2000, p. 173, unânime.

autoridade brasileira não estará impedida de apreciar a matéria; terá competência (ou melhor jurisdição).” Inúmeras são as decisões dos tribunais pátrios⁴⁵, nas quais é consagrado o entendimento de que a cláusula de eleição de foro não afasta a atuação do juiz nacional, quando se tratar de hipótese de competência concorrente da justiça brasileira.

Com efeito, caso a justiça brasileira seja internacionalmente competente para julgar a controvérsia, verifica-se que a jurisprudência pátria tem sustentado que a cláusula contratual de eleição de foro alienígena e o julgamento da controvérsia perante foro estrangeiro não afastam a possibilidade da lide ser julgada pela autoridade judiciária brasileira desde que a decisão estrangeira ainda não tenha sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do que produzirá efeitos de coisa julgada no território nacional.

⁴⁵ Em relação à competência concorrente da Justiça brasileira, cumpre transcrever as seguintes ementas acerca do tema, demonstrando que, mesmo eleito pelas partes foro alienígena, isto não obsta o julgamento da causa pelo juiz nacional, por tratar-se de hipótese de competência concorrente: *“Tratando-se de ação versando sobre contrato que, a teor do art. 1.087 do CC, se presume celebrado no Brasil, em tema de competência internacional se está diante da jurisdição concorrente, que admite a atuação paralela da jurisdição estrangeira sobre a mesma causa sujeita à jurisdição brasileira. Assim, embora válida a eleição de um foro alienígena, é inaceitável que tal cláusula afaste a jurisdição nacional, cuja autoridade não está impedida de apreciar a matéria.”* (RT 632/82). O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná também já decidiu que *“tratando-se de causa originária de fato ocorrido no Brasil, a justiça brasileira tem competência concorrente (CPC, art. 88, inciso III), pelo que a cláusula contratual de eleição de foro estrangeiro não afasta a jurisdição nacional.”* (TJPR, Agravo de Instrumento nº 76753100, Quinta Câmara, Rel. Des. Cyro Crema, j. 10.08.1999, unânime). Este mesmo Tribunal (TJPR, AI, Primeira Câmara Cível, Rel. Des. Vidal Coelho, 13.11.1995) decidiu, em caso de contrato de compra e venda com assistência técnica celebrado no Brasil, com cláusula de eleição de foro dos tribunais ingleses que *“a eleição de foro estrangeiro não afasta a competência da justiça brasileira para conhecer de feito oriundo de contrato celebrado no Brasil e que aqui deve ser cumprido.”* O Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que *“se a obrigação é de ser cumprida no Brasil, a competência da justiça brasileira é inafastável”*, ainda que a controvérsia relativa ao acordo de acionistas elaborado no exterior entre duas empresas estrangeiras, objetivando disciplinar a distribuição de dividendos de empresa brasileira, já estivesse sendo objeto de ação em trâmite perante os Estados Unidos da América, tendo lá a corte local decidido ser competente para julgar a demanda (TJSP, Câmara Especial, AI 3.124-0, Rel. Des. Andrade Junqueira, unânime, j. 17.11.1983). Da mesma forma, a Oitava Câmara do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo (Agravo de Instrumento nº 610.580-8, Rel. Juiz Manoel Mattos, j. 06.02.1995, v.u., in JTACSP, volume 152, p. 14) entendeu que *“pouco importa que as partes tenham eleito foro estrangeiro, pois aí estaremos diante de jurisdição concorrente, que não obsta a atuação da justiça brasileira”*, conforme ementa a seguir transcrita: *“Competência internacional. Eleição de foro estrangeiro. Responsabilidade civil. Transporte marítimo. Indenização de seguradora sub-rogada nos direitos do segurado. Contrato celebrado no Brasil. Artigo 88, inciso III, do Código de Processo Civil. Jurisdição concorrente não obsta a ação da justiça brasileira. Competência da justiça brasileira. Preliminar de incompetência rejeitada.”* O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Agravo de Instrumento nº 3415/97, Terceira Câmara Cível, Rel. Des. Antonio Eduardo F. Duarte, j. 10.03.1998), por sua vez, decidiu que *“consoante o art. 88 e incisos do CPC, é competente a autoridade judiciária brasileira quando o réu, qualquer que seja a nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil, ou mesmo se a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no território nacional. Também é certo que, se a obrigação deve ser cumprida neste País, atastada não pode ser tal competência, ainda que admitido o compromisso arbitral, posto ser concorrente e tratar-se, nesse caso, de norma de direito público, já contida no art. 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, não podendo ser abolida por vontade das partes, ou seja, a convenção não tem força de obstar o acesso aos Tribunais do País por qualquer interessado.”*

Neste diapasão, é também importante mencionar o disposto no artigo 90 do Código de Processo Civil, segundo o qual “a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.”

Desta forma, o fato de uma ação já estar em curso perante a justiça de outro país não obsta que a causa seja também aqui ajuizada e julgada, desde que a justiça brasileira também seja internacionalmente competente para o julgamento do feito.

Em relação à litispendência, Arruda Alvim⁴⁶ esclarece, no entanto, que “a existência de convenção internacional, desde que os Estados a ela tenham aderido, derroga a regra geral da irrelevância da lide no estrangeiro, como no caso do Brasil.” Assim sendo, eventualmente poderá a existência de processo tramitando no Estrangeiro impedir o ajuizamento da mesma ação no território nacional, como ocorre, por exemplo, no caso de ação em que são partes países signatários do Código de Bustamante⁴⁷, dentre os quais se inclui o Brasil⁴⁸ e também ações entre nacionais do Brasil e França, por força do disposto no Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, celebrado em 28.05.2000, e internalizado em nosso país, através do recente Decreto nº 3.598, de 12.09.2000⁴⁹.

Questão interessante é também abordada por Arruda Alvim⁵⁰, no que tange à existência de duas decisões judiciais proferidas em diferentes países e com diferentes resultados. Neste caso, ressalta, apesar de admitir hipóteses nas quais a coisa julgada no estrangeiro prevaleça sobre a decisão nacional, que a preferência será pela primeira decisão proferida (com força de coisa julgada) e no caso de dúvida, deve-se pender pela jurisdição nacional. Celso Agrícola Barbi⁵¹, por sua vez, sustenta que, nestas hipóteses, o legislador pátrio consagrou a preferência pela sentença brasileira, quando houver ação idêntica no Brasil, antes de passar em julgado a sentença estrangeira.

De qualquer forma, é recomendável, portanto, que caso uma das partes contratantes seja brasileira, verificar as disposições contidas no ordenamento jurídico

⁴⁶ In: Competência Internacional. *Revista de Processo* nº 7-8, Ano II, Julho-Dezembro de 1977, p. 37.

⁴⁷ Dispõe o artigo 314, do Código de Bustamante que “a litispendência, por motivo de pleito em outro Estado contratante, poderá ser alegada em matéria cível, quando a sentença proferida em um deles, deva produzir, no outro, os efeitos de coisa julgada.”

⁴⁸ Note-se que somente quinze países americanos aderiram e ratificaram o Código de Bustamante, dentre os quais não estão incluídos a Argentina, Uruguai e Paraguai. No Brasil o Código foi ratificado e internado no nosso ordenamento jurídico através do Decreto nº 18.871, de 13.08.1929.

⁴⁹ Dispõe o artigo 18 do referido Acordo de Cooperação em Matéria Civil, no seu item “1”, letra “f”, que “as decisões proferidas pelos tribunais de um dos dois Estados serão reconhecidas e poderão ser declaradas executórias no território de outro Estado, se reunirem as seguintes condições: (...) f) que um litígio entre as mesmas partes, fundado sobre os mesmos fatos e tendo o mesmo objeto que aquele no território onde a decisão foi proferida: (i) não esteja pendente perante um tribunal do Estado requerido, ao qual se tenha recorrido em primeiro lugar; ou (ii) não tenha dado origem a uma decisão proferida no território do Estado requerido em data anterior àquela da decisão apresentada para exequatur; ou (iii) não tenha dado origem a uma decisão proferida no território de um terceiro Estado em data anterior àquela da decisão apresentada para exequatur, e que reúna as condições necessária para seu reconhecimento no território do Estado requerido.”

⁵⁰ In: *Revista de Processo* nº 7-8, Ano II, Julho-Dezembro de 1977, p. 45.

⁵¹ In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 300.

pátrio, em especial no que tange às regras de competência internacional, tendo em vista a possibilidade de eventual foro estrangeiro eleito ser desconsiderado e a controvérsia ser julgada também pela autoridade judiciária brasileira.

Outra questão diretamente relacionada com a necessidade de existência de um dos elementos de conveniência previstos na legislação pátria é a que se refere à possibilidade das partes estipularem um foro neutro para julgamento das controvérsias.

Neste particular, novamente valemo-nos dos ensinamentos de José Inácio Gonzaga Franceschini⁵², segundo o qual não poderá ser eleito foro neutro pelas partes, quando inexistir algum elemento de conexão admitido pelo Direito Processual Internacional Brasileiro. Apesar da matéria não ter sido ainda objeto de ampla análise e discussão pela doutrina nacional, verifica-se que o então Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul sustentou a incompetência do foro de Porto Alegre sob o argumento de que seria neutro para as partes⁵³.

De tudo o que foi exposto até o presente momento, constata-se que as normas referentes à competência internacional brasileira são de suma importância não somente para fixar o campo de liberdade das partes para estabelecerem cláusulas eletivas de foro, mas também para verificar em quais hipóteses o juiz nacional, internacionalmente competente de acordo com as regras processuais do ordenamento jurídico brasileiro, também poderá julgar o feito, independentemente do previamente disposto pelas partes acerca da matéria.

3.2.2. COMPETÊNCIA ABSOLUTA

Dispõe o artigo 89, inciso I, do Código de Processo Civil Brasileiro que compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra, conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil. Neste mesmo sentido é também o contido no artigo 12, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, segundo o qual “*só a autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.*”

Trata-se de hipótese de competência absoluta da justiça brasileira e, portanto, caso o contrato a ser celebrado tenha por objeto bem imóvel localizado no Brasil e eventual discussão judicial venha a versar sobre direitos relativos ao mesmo, não poderão as partes, por via de consequência, pactuarem cláusula elegendo como competente foro diverso do brasileiro, eis que afastada qualquer liberdade das partes neste particular.

⁵² In: A lei e o foro de eleição em contratos internacionais. *Contratos internacionais*. 2ª ed. Revista e ampliada, Coordenador João Grandino Rodas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 91-145.

⁵³ Cumpre transcrever a ementa do referido acórdão proferido no Agravo de Instrumento nº 184024701 da 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Décio Antônio Erpen, julgamento em 28.06.1984: “*Transporte marítimo internacional. Foro de eleição. Validade da avença. Mesmo que não houvesse tal cláusula, ainda assim o foro de Porto Alegre seria incompetente porque neutro para as partes. Outros preceitos incidiriam para se precisar o foro. Mas, o que de Porto Alegre, à evidência que não é o competente. Agravo desprovido. Despacho mantido.*”

Cumprido por oportuno frisar que o artigo 89, inciso I, do Código de Processo Civil Brasileiro refere-se a toda e qualquer ação relativa a bem imóvel localizado no território brasileiro⁵⁴, abrangendo, assim, não somente as ações reais, mas também as pessoais e inclusive às relativas à falência⁵⁵.

Celso Agrícola Barbi⁵⁶, ao comentar o inciso I do referido artigo 89, do Código de Processo Civil Brasileiro, ressalta que *“o texto é amplo, não se restringindo a ações reais, isto é, fundadas em direito real; a lei abrange qualquer ação relativa a bem imóvel, vale dizer, também as fundadas em direito obrigacional, como, v.g., a locação, a promessa de compra e venda e casos semelhantes. Não importa o tipo de ação, isto é, o ser ela condenatória, declaratória ou constitutiva; o que prevalece é a relação entre o direito alegado e um imóvel. Existindo esta vinculação, a competência da Justiça brasileira afasta qualquer outra.”*

Ainda que as partes tenham livremente pactuado a eleição do foro do país estrangeiro e o juiz de outro país se considere competente para julgar a controvérsia, referida sentença não será homologada pelo Supremo Tribunal Federal, o qual exige, dentre outros requisitos que a decisão tenha sido proferida por juiz competente⁵⁷.

Conclui-se, portanto, que tratando-se de hipótese de competência exclusiva da justiça brasileira, mesmo que ambas as partes sejam estrangeiras, eventual sentença estrangeira não será homologada e, portanto, não surtirá seus efeitos nem poderá ser executada no território brasileiro.

Da mesma forma, compete exclusivamente à autoridade judiciária brasileira, por força do disposto no artigo 89, inciso II, do Código de Processo Civil Brasileiro, proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da

⁵⁴ Conforme sustenta DINIZ, Maria Helena. In: *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada*. 5ª ed. Atualizada, São Paulo: Ed. Saraiva, p. 314, o artigo 12, § 1º, da LICC e o artigo 89, I, do Código de Processo Civil não abrangem apenas às ações reais imobiliárias, mas todas as ações concernentes à imóveis situados no Brasil. Neste sentido, é também o posicionamento de MOREIRA, José Carlos Barbosa. In: *Problemas Relativos à Litígios Internacionais*, *Revista de Processo* nº 65, Janeiro-Março de 1992, p. 147, sustentando que o artigo 89, I, do Código de Processo Civil abrange quaisquer ações.

⁵⁵ O Supremo Tribunal Federal (AgRg SE nº 2.492, 03.03.1982, in RTJ 101/69) já decidiu que *“toda e qualquer ação, inclusive de falência, relativa a imóvel situado no Brasil é de competência exclusiva da autoridade brasileira, com exclusão de qualquer outra.”* Este também foi o posicionamento adotado, quando do Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira nº 3.989, no qual sustentou-se que *“o dispositivo do CPC, acima referido, réplica do art. 12, § 1º, da LICC, há de ser entendido de modo amplo e compreensivo, não se restringindo à consideração das tipicamente reais, como bem demonstrado pelo ilustre processualista Arruda Alvim (Competência Internacional, in RP 7-8/32), mas às que sejam a eles concernentes ou pertinentes, como é a que se propôs em Portugal, tendo como objeto os referidos imóveis.”* (Rel. Min. Rafael Mayer, j. 01.12.1987, DJ 14.12.1987, RTJ 123, p. 893).

⁵⁶ In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume I, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense. 1998, p. 298.

⁵⁷ Segundo o artigo 217, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, *“constituem requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira: I – haver sido proferida por juiz competente; II – terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; III – ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias à execução no lugar em que foi proferida; IV – estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução oficial.”*

herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional⁵⁸. Neste particular, sustenta-se que este dispositivo legal abrange não somente os bens imóveis, mas também os móveis⁵⁹ situados no Brasil. Celso Agrícola Barbi⁶⁰ esclarece que “o conceito de bens no artigo é amplo, abrangendo imóveis, semoventes e móveis. Assim, inclui qualquer espécie dessa última classe, como títulos cambiais, depósitos bancários, dinheiro em moeda, ações, direitos de crédito em geral, etc.”

Constata-se que em ambas as hipóteses mencionadas no artigo 89, do Código de Processo Civil Brasileiro, a competência jurisdicional será sempre da autoridade judiciária brasileira, não podendo a competência ser alterada, eis que indisponível. Como visto, eventual pedido de homologação de sentença estrangeira que abranja qualquer uma das referidas situações acima analisadas, não será homologada pelo Supremo Tribunal Federal e, portanto, não surtirá efeitos no território nacional.

3.3. TIPOS CONTRATUAIS E LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Além das normas contidas no Código de Processo Civil e na Lei de Introdução do Código Civil, há inúmeros dispositivos legais relativos a tipos contratuais específicos que versam sobre a competência e devem ser considerados quando da delimitação da cláusula de eleição de foro, observadas as circunstâncias presentes no caso concreto.

Note-se que, em relação aos contratos a seguir abordados, a pactuação de cláusula de eleição de foro é normalmente vedada por entender que se tratam de hipóteses de competência absoluta, sem que as partes possam livremente dispor de forma diversa daquela prevista na legislação relativa ao tema.

A abordagem de alguns tipos contratuais, nos quais se sustenta a competência absoluta da justiça brasileira para julgamento do feito, não é exaustiva e objetiva demonstrar que a negociação de qualquer contrato, além dos abaixo indicados, deve

⁵⁸ Note-se que, conforme esclarece CARNEIRO, Athos Gusmão. In: *Jurisdição e Competência*. 9ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 55, o artigo 89, inciso II, do Código de Processo Civil Brasileiro não somente é aplicável ao inventário e partilha *causa mortis*, como também ao inventário e partilha conseqüentes à separação judicial e ao divórcio. Neste sentido, o referido Autor menciona decisão do Supremo Tribunal Federal (Presidência, 27.06.1980, RTJ 96/569), segundo a qual não pode ser homologada no Brasil sentença estrangeira que, em ação de divórcio julgada em Portugal, haja procedido a partilha envolvendo bens móveis e imóveis situados no Brasil.

⁵⁹ Pontes de Miranda, In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo II, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1973, p. 195-196, ao analisar o artigo 89, inciso II, do Código de Processo Civil, defende que são considerados bens situados no Brasil as coisas móveis que no Brasil se achem (e.g. mobiliário, carros, barcos, cofres, jóias, dinheiro). Considera, também, bem móvel situado no Brasil (i) as ações de empresas brasileiras e as estrangeiras com filial ou agência no Brasil, eis que a “ação é título e o bem, que ela exhibe, está no ato constitutivo da empresa situada no Brasil”; (ii) os títulos cambiários ou cambiariformes, desde que não sejam “títulos subscritos e emitidos no exterior por filial ou agência de entidade, estatal, paraestatal ou particular que tenha poder para fazê-lo em nome próprio” e o (iii) dinheiro depositado no Brasil em estabelecimento bancário, desde que inexistir “ressalva de ser retirado pela pessoa que o depositou em filial ou agência sediada no estrangeiro, ou com destino a ser remetido em determinada data para o estrangeiro.”

⁶⁰ In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume I, 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, p. 298.

ser precedida da análise das normas contidas nos ordenamentos jurídicos das partes envolvidas⁶¹, a fim de verificar eventuais limitações e restrições ao conteúdo das cláusulas contratuais de eleição de foro e, conseqüentemente, das relativas à lei aplicável ao contrato.

3.3.1. CONTRATOS DE ADESÃO

Apesar de não constituir um tipo contratual específico, cumpre, em face da importância do tema, abordar, preliminarmente, a problemática relativa à validade das cláusulas de eleição de foro inseridas em contratos de adesão, pois é mister verificar se as partes livremente estipularam a eleição do foro, sem que houvesse abuso de uma das partes em face de sua posição dominante, dificultando o acesso ao Poder Judiciário para eventual solução de uma controvérsia.

Constata-se que, via de regra, excluem-se os efeitos da cláusula de eleição nos contratos de adesão, ou seja, naqueles contratos celebrados por adesão de uma das partes contratantes, sem que pudesse discutir acerca de eventual foro eleito.

Contudo, é importante frisar que o simples fato de tratar-se de um contrato de adesão não exclui por si só a validade do foro eleito, já tendo o Superior Tribunal de Justiça⁶² decidido que referida cláusula é válida e eficaz, salvo “*se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa.*”

⁶¹ Visando demonstrar a necessidade de analisar as legislações existentes nos países das partes contratantes, reportamo-nos aos comentários de FAWCETT, James J., in: *Declining Jurisdiction in Private International Law*, Oxford: Clarendon Express, 1995, p. 55-56, o qual menciona, a título exemplificativo, que o Ato Marítimo Sueco de 1994 restringe a liberdade das partes, no tocante às cláusulas de eleição de foro relativas a contratos de transporte marítimo de passageiros e mercadorias. Da mesma forma, a legislação grega considera nula as cláusulas de eleição de foro estrangeiro, quando referentes a contratos de trabalho de cidadãos gregos para prestação de serviços na Ásia ou África. Este mesmo autor menciona, ainda, restrições contidas na legislação suíça e canadense (Quebec) relacionadas à cláusula de eleição de foro em contratos do consumidor.

⁶² In: REsp 149759/SP (1997/0067906-3), Quarta Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 29.06.1998, DJ 21.09.1999, p. 0184, unânime.

Assim sendo, necessário será analisar as circunstâncias presentes no caso concreto⁶³, pois *“não há contrato de adesão quando as partes contratantes, sendo economicamente iguais, livre e conscientemente assinam contrato concordando com a eleição de foro”*⁶⁴.” Neste mesmo sentido, encontramos inúmeras outras decisões⁶⁵ julgando válida a eleição de foro no direito interno, ainda que em casos de contratos de adesão, se afastada qualquer hipossuficiência ou vulnerabilidade das partes contratantes que pudesse acarretar a abusividade da disposição contratual com base no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

A validade ou não da cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão dependerá, portanto, das circunstâncias presentes no caso em concreto, podendo ser invalidada pelo juiz nacional.

Feito este comentário geral em relação aos contratos de adesão, cumpre analisar os tipos contratuais cuja legislação aplicável apresenta algum tipo de limitação no que tange à pactuação da cláusula de eleição de foro em relação aos mesmos.

⁶³ Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, em caso de Sentença Estrangeira Contestada (Tribunal Pleno, SEC nº 5.847-1/Reino Unido da Grã Bretanha e da Irlanda do Norte, Rel. Min. Maurício Cardoso, j. 01.12.1999, DJ 17.12.1999, Ementário 1976-2) deferiu o pedido de homologação da mesma, analisando, dentre outras questões, a existência de contrato de adesão, tendo em vista que a parte requerida sustentou a nulidade de cláusula arbitral, alegando que o contrato de compra e venda firmado era de adesão e, portanto, referida cláusula deveria estar escrita em negrito, como determina o artigo 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. Apesar da questão ser ínsita ao mérito, o Ministro Relator Maurício Cardoso manifestou-se e com base na análise do caso concreto, entendeu que *“não é contrato de adesão aquele em que as cláusulas são modificáveis por acordo das partes.”* Segundo o voto do referido Ministro, *“ao compulsar-se o documento de fls. 221/222, desponta claro que a empresa vendedora foi livremente escolhida pela TEKA, nada obstante a existência de centenas de outros fornecedores de algodão no mercado internacional. É evidente que o contrato de adesão não é caracterizado pelo impresso com espaços em branco, como crê a requerida, mas pelas condições que uma das partes impõe a outra e não sujeitas a discussão. Na hipótese, as cláusulas inseridas na avença dizem respeito ao local em que a mercadoria seria entregue, à forma de conferência de peso, à extensão do seguro, ao pagamento do frete e, finalmente, às regras da arbitragem, tudo isso sujeito a modificações, segundo entendimentos prévios. Não consta que contrato de tal configuração jurídica seja de adesão ou que algumas de suas cláusulas possam ser consideradas como leoninas, matéria, ademais, como disse, alheias à natureza do procedimento homologatório.”*

⁶⁴ In: Superior Tribunal de Justiça, REsp 161.548, Primeira Turma, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 11.05.1998, DJ 10.08.1998, p. 29, unânime.

⁶⁵ A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiu que *“é válida a cláusula de eleição de foro constante de contrato de valor aproximado de R\$ 1.000.000,00, celebrado por empresa de porte, que se presume tenha condições de exercer a defesa no foro escolhido, embora se trate de contrato de adesão.”* (RESP 304678/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 28.08.2001, DJ 19.11.2001, p. 282). Da mesma forma, a Terceira Turma desta Corte entendeu que *“nas relações entre empresas de porte, capazes financeiramente de sustentar uma causa em qualquer foro, prevalece o de eleição.”* (RESP 279687/RN, Rel. Min. Castro Filho, DJ 05.08.2002, p. 328). Neste mesmo sentido, a 2ª Seção do STJ entendeu que *“na compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado a realização de exames médicos – levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira – prevalece o foro de eleição, seja ou não uma relação de consumo.”* (CC 32270-SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 11.03.2002, p. 159)

3.3.2. CONTRATOS DE TRABALHO

Em relação aos contratos de trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho restringe a liberdade contratual no que tange à delimitação do foro competente, regulando expressamente a matéria no seu artigo 651⁶⁶, a qual se trata de hipótese de competência exclusiva da justiça brasileira⁶⁷.

Por força do disposto no artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho, a autoridade judiciária brasileira é competente nos casos de prestação de serviços em território nacional, bem como na hipótese do empregado ser brasileiro, ainda que tenha trabalhado em país estrangeiro, e inexistir convenção internacional dispondo em contrário.

Délio Maranhão⁶⁸, ao comentar a matéria, conclui que no ordenamento jurídico brasileiro não é admissível o foro de eleição, até mesmo porque os critérios de fixação da competência, no processo do trabalho brasileiro, atendem a interesse de ordem pública (proteção do empregado e irrenunciabilidade dos benefícios assegurados ao mesmo na forma do que determina o artigo 9º da CLT)⁶⁹.

Francisco Gérson Marques de Lima⁷⁰ ressalta, ainda, que não há consonância entre o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho e o artigo 12 da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo o qual “é competente a autoridade judiciária brasileira, quando

⁶⁶ Dispõe o artigo 651, da Consolidação das Leis do Trabalho que: “Art. 651. A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro. § 1º - Quando for parte no dissídio agente ou viajante, é competente a Junta da localidade onde o empregador tiver o seu domicílio, salvo se o empregado estiver imediatamente subordinado à agência, ou filial. § 2º - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário. § 3º - Em se tratando de empregado que promova a realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.”

⁶⁷ Neste sentido, RUSSOMANO, Mozart Victor. In: *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Volume IV, 7ª edição, Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1966, 1149-1150, menciona duas decisões do Tribunal Superior do Trabalho: “Nula é a eleição prévia de foro diverso daqueles determinados pelo artigo 651, da Consolidação, e pelo seu parágrafo 3º. Não é admissível a renúncia do foro legal no ato da contratação.” (Ac. Da 3ª Turma do TST, 18.09.1958) e “Foro de eleição. Contrato de trabalho, inadmissibilidade. Competência dos tribunais do trabalho. Caráter tutelar da legislação trabalhista. Aplicação do art. 651, da Consolidação. Inadmissível é a estipulação do foro, pelas partes, no contrato de trabalho, considerando-se não escrita a cláusula que importe escolha de foro, com infração dos critérios legais.” (Ac. Do TST, in Trabalho e Segurança Social, 1952, julho/agosto, 305).

⁶⁸ MARANHÃO, Délio e outros. *Instituições de Direito do Trabalho*, 16ª edição, São Paulo: LTr, p. 1266.

⁶⁹ Neste sentido, o Tribunal Superior do Trabalho já decidiu que é “ilegal e inoperante no processo trabalhista a eleição de foro em detrimento do empregado, eis que imperativas e de ordem pública as normas do artigo 651 da CLT, ditadas no manifesto de propiciar acessibilidade e facilidade na produção da prova ao litigante economicamente hipossuficiente.” (CC 320751, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, 2ª Turma, DJ 06.03.1998, p. 243)

⁷⁰ In: *Lei de Introdução ao Código Civil e Aplicação do Direito do Trabalho*. São Paulo: Ed. Malheiros. 1996, p. 204-206.

for o réu domiciliado no Brasil, ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação”, devendo prevalecer o disposto na legislação trabalhista por ser norma mais específica.

Assim sendo, eventual cláusula de eleição de foro em contrato de trabalho internacional, dispondo de forma em contrário ao previsto no artigo 651, a princípio, não prevalecerá sobre as normas contidas na Consolidação das Leis do Trabalho⁷¹, as quais deverão ser observadas.

3.3.3. CONTRATOS CELEBRADOS POR FALIDOS

Da mesma forma, em relação aos contratos celebrados por falidos, eventual cláusula de eleição de foro, a princípio, não prevalecerá sobre o disposto nos artigos 7º e 156 da Lei de Falências⁷², pois competente é o foro do lugar onde o comerciante devedor tem o seu principal estabelecimento ou casa filial de outra situada fora do Brasil.

Note-se que segundo o artigo 7º, § 2º, “o juízo da falência é indivisível e competente para todas ações e reclamações sobre bens, interesses ou negócios da massa falida”, ainda que eventualmente a regra da universalidade encontre limitações, inclusive no que tange os foros especiais e exceções previstas na própria Lei de Falências⁷³. Oscar Tenório⁷⁴, ao comentar a matéria, sustenta que o direito brasileiro conforma-se, via de regra, com a teoria da universalidade, desde que assentada na regra do domicílio, estabelecendo, ainda, a supremacia da justiça brasileira para o decreto e o processo de falência de comerciantes brasileiros domiciliados e estabelecidos em território nacional.

Em face do disposto na Lei de Falências, conclui-se que embora as partes tenham livremente eleito foro no estrangeiro para julgar quaisquer controvérsias originárias do contrato celebrado entre as mesmas, esta disposição poderá ser afastada em face do

⁷¹ Note-se que o Tribunal Superior do Trabalho recentemente decidiu que é inoperante no processo trabalhista a eleição de foro diverso do previsto no artigo 651 da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme ementa a seguir transcrita: “*Justiça do Trabalho. Competência territorial. Foro de Eleição. Dissídio Individual. Artigo seiscentos e cinquenta e um, parágrafo terceiro, da CLT. 1. Ilegal e inoperante no processo trabalhista a eleição de foro em detrimento do empregado, eis que imperativas e de ordem pública as normas do artigo seiscentos e cinquenta e um, da CLT, ditadas no escopo manifesto de propiciar acessibilidade e facilidade na produção da prova ao litigante economicamente hipossuficiente. 2. O empregado demandante pode optar entre o foro da celebração do contrato e o da efetiva prestação do trabalho (artigo seiscentos e cinquenta e um, parágrafo terceiro, da CLT. 3. Havendo pré-contratação verbal do empregado, em determinada localidade, na qual é recrutado, selecionado, informado através de palestras sobre a remuneração, bem assim onde ocorrer o futuro treinamento, tem-se esta como localidade da celebração do contrato de trabalho, para fixação da competência territorial, ainda que a formalização do contrato dê-se em outro município.*” (TST, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, CC 320751, Min. Relator João Orestes Dalazen, j. 02.12.1997, DJ 06.03.1998, p. 243).

⁷² Decreto-Lei nº 7.661, de 21.06.1945.

⁷³ Vide os comentários de CARNEIRO, Athos Gusmão. In: *Jurisdição e Competência*. 9ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 105-106.

⁷⁴ In: *Direito Internacional Privado*. Volume II, 11ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 247-262.

que dispõe a legislação brasileira em matéria falimentar⁷⁵, salvo se eventualmente previsto um foro especial ou no caso das exceções expressamente estipuladas na legislação aplicável à matéria.

3.3.4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

José Inácio Gonzaga Franceschini⁷⁶ ressalta a inadmissibilidade das cláusulas de eleição de foro em relação aos contratos administrativos, tendo em vista serem os mesmos regidos por preceitos de Direito Público, os quais vedam foro diverso do que o brasileiro para julgamento de quaisquer controvérsias.

A legislação atual – Lei 8.666/93, com as alterações introduzidas pela Lei 8.883, de 08.06.1994 - que rege os contratos administrativos e licitações no ordenamento jurídico pátrio relacionou, em seu artigo 55⁷⁷, treze cláusulas consideradas essenciais em todo contrato administrativo, impondo a obrigatoriedade, nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, de inserir cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei, o qual abrange as hipóteses de concorrência internacional e contratação, mediante prévia autorização do Chefe do Poder Executivo.

Importante mencionar que a cláusula declarando competente o foro da sede da Administração é essencial ao contrato administrativo, não podendo, portanto, faltar no mesmo, sob pena de nulidade do instrumento.

Não há, portanto, liberdade das partes de convencionarem foro diverso do previsto em lei ou, ainda, omitirem esta disposição do contrato administrativo, sob pena de acarretar a nulidade do mesmo.

⁷⁵ Em relação à matéria falimentar em sede de contratos internacionais, menciona-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na qual é sustentada a impossibilidade de apreciação desta matéria no âmbito do direito internacional privado, conforme ementa a seguir transcrita: “*Ação Ordinária de cobrança. Competência firmada da justiça brasileira. Suspensão de pagamento de lei dinamarquesa e concordata brasileira. Credor quirografário. Os atos de comércio tem caráter territorial. Incabível apreciação de matéria falimentar no âmbito do direito internacional privado.*” (Quarto Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 1987.005.3947, Rel. Des. Fernando Whitaker, j. 15.12.1988, unânime, Ementário 01/98, nº 113, 23.03.1989)

⁷⁶ In: A lei e o foro de eleição em contratos internacionais. *Contratos Internacionais*. 2ª ed., revista e ampliada, Coordenador João Grandino Rodas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 110.

⁷⁷ Dispõe o artigo 55, parágrafo 2º, da Lei 8.666/93 que “*nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.*” O referido parágrafo 6º do artigo 32 estabelece, por sua vez, que “*o disposto no § 4º deste artigo, no § 1º do artigo 33 e no § 2º do art. 55 não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.*”

3.3.5. CONTRATOS DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL

No caso de contratos de representação comercial, a legislação pátria que rege os mesmos prevê, expressamente, que é competente o foro do domicílio do representante comercial. A doutrina e a jurisprudência nacionais, contudo, não são unânimes, ora entendendo que o disposto no referido artigo 39, da Lei 4.886/65, deve ser considerado como regra de competência absoluta, ora como de competência relativa e, portanto, suscetível de ser modificado e convencionado de forma diversa pelas partes⁷⁸.

Em oposição à eleição de foro nos contratos de representação comercial firmados com representantes comerciais brasileiros, impondo a observância da regra de competência contida no artigo 39 da Lei 4.886/65, com a redação dada pela Lei 8.420/92, destaca-se o posicionamento de renomados doutrinadores e até mesmo do próprio Superior Tribunal de Justiça⁷⁹.

Neste particular, Beat Walter Rechsteneiner⁸⁰ sustenta que a competência é absoluta da justiça brasileira no caso de representação comercial, defendendo que *“por motivo de ordem pública, a justiça brasileira é competente, internacionalmente, com exclusão de qualquer outra estrangeira, quando a questão versada incidir sobre determinadas situações,*

⁷⁸ Neste sentido, menciona-se decisão do Supremo Tribunal de Justiça STJ, REsp 110104/SP, Terceira Turma, Min. Rel. Waldemar Zveiter, maioria, j. 24.11.1998, DJ 26.04.1999, p. 89), a seguir transcrita: *“Ação de cobrança. Contrato de Representação Comercial. Competência. Na forma de precedente da 2ª Seção, a competência estabelecida pelo artigo 39 da Lei 4.886/65, com a redação dada pela Lei 8.420/92, é de natureza relativa, podendo, pois, ser modificada pela vontade das partes, na forma da parte final do artigo 111 do CPC. Conflito conhecido, declarando-se a competência do MM. Juízo suscitante.” Recurso Especial não conhecido.*”

⁷⁹ O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça não é uniforme no que tange à cláusula de eleição de foro em contratos de representação comercial. Transcrevem-se duas decisões, sustentando a competência absoluta do foro do domicílio do representante comercial: *“Foro de eleição. Representação Comercial. Contrato de Adesão. O foro de eleição previsto no contrato de adesão, porque significa dificuldade de acesso à Justiça, não tem validade. Tratando-se de contrato de representação comercial, a Lei 4.886/65, com a redação da Lei 8.420/92, fixa a competência do foro do domicílio do representante. Recurso não conhecido.”* (STJ, 4ª Turma, REsp 47074/MG, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, j. 29.11.1994, DJ 06.02.1995, p. 01358) e *“Recurso Especial. Contrato de Representação Comercial. Foro de Eleição. Desconsideração. Foro de Domicílio do Representante. Lei 4.886/65, Art. 39, Precedentes. Recurso Acolhido. I - A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão é, em princípio válida e eficaz, salvo: a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual; b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário; c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa. II - Não reconhecida qualquer dessas circunstâncias, é de prevalecer o foro eleito. III - Em se tratando, todavia, de contrato de representação comercial, a cujo respeito há disposição expressa de lei a determinar o foro do domicílio do representante como sendo o lugar apropriado para a solução do litígio estabelecido entre as partes contratantes (art. 39 da Lei 4.886/65, modificado pela Lei 8.420/92), entende a Turma que não há de prevalecer o foro eleito por adesão.”* (STJ, 4ª Turma, REsp 149758/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, j. 24.06.1998, DJ 21.09.1998, p. 184) O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já firmou posicionamento semelhante ao decidir, em relação a um contrato de representação comercial, que *“havendo disposição expressa da lei própria no tocante ao foro competente para julgamento das controvérsias do contrato, prevalece o disciplinamento legal sobre o foro de eleição.”* (TJRS, 16ª Câmara Cível, AI nº 70000303495, Rel. Des. Helena Cunha Vieira, Porto Alegre, j. 17.11.1999)

⁸⁰ In: *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p. 201.

tais sejam aquelas decorrentes de um contrato de representação comercial ou que envolvam a tutela do consumidor.”

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recentemente decidiu, em caso relativo à contrato internacional de representação comercial, que a justiça brasileira era competente para julgar a matéria, não sendo aplicável a cláusula de eleição de tribunal localizado na França, onde a empresa representada era sediada⁸¹. Consta no corpo do referido acórdão que *“não se pode considerar, como livremente convencionada, cláusula de contrato de representação comercial, em que se adotou foro de eleição, sediado em país estrangeiro, o qual só atende às conveniências e interesses da representada. Isso equívale a privar, virtualmente, o representante, parte economicamente mais fraca, de postular a tutela jurisdicional, com reais prejuízos a seus direitos, o que é razão suficiente para se afastar o foro de eleição. Nessa situação, segue-se a disciplina jurídica brasileira, que estabelece, na lei de regência, que o foro competente é o do domicílio do representante, nas demandas daí originárias.”*

Importante ressaltar, em relação ao caso acima mencionado, que o contrato de representação comercial foi firmado no Brasil e, por via de conseqüência, seria aplicável ao mesmo a legislação brasileira relativa ao tema, a qual determina, expressamente, como competente o foro de domicílio do representante comercial. Entretanto, conclusão contrária poderia ser encontrada, caso o contrato tivesse sido celebrado no exterior, sem nenhuma vinculação com o território nacional, hipótese na qual a justiça brasileira poderia, possivelmente, sustentar sua incompetência para o julgamento do feito⁸².

Percebe-se, portanto, que na eventualidade da controvérsia entre representante comercial brasileiro e empresa representada estrangeira vir a ser julgada no Brasil, há a possibilidade do foro estrangeiro eleito ser desconsiderado pela justiça brasileira, sustentando tratar-se de hipótese de competência exclusiva brasileira, ou ainda, contrato firmado por adesão do representante comercial, com imposição, sem negociação prévia, desta cláusula. Por outro lado, mesmo que não se sustente tratar-se de hipótese de competência absoluta da justiça brasileira, quando aqui domiciliado o representante comercial, é também provável que eventual cláusula eletiva de foro estrangeiro seja

⁸¹ Note-se que o caso em tela demonstra que a questão da cláusula de eleição de foro em contratos de representação comercial não é pacífica, tendo em vista que a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro não foi unânime, tendo-se sustentado, no voto vencido, a validade da eleição do foro pactuado pelas partes contratantes, o que retiraria da justiça brasileira o conhecimento da situação conflituosa, em face da arguição de exceção de incompetência levantada pela empresa representada (TJRJ, Agravo de Instrumento nº 1.190/98, Oitava Câmara Cível, Agravante: Karl Heinz Angermann; Agravada: Verrerie Cristallerie D'Arques, J.G. Furand & Cie.; Rel. Des. Luiz Odilon Gomes Bandeira, vencido, j. 19.05.1998, DOERJ 15.10.1998, in Revista Jurídica nº 259, Maio de 1999, p. 67-70).

⁸² Neste sentido já entendeu o Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo (TAC, Agravo de Instrumento nº 0710629-2, Sexta Câmara Cível, Rel. Juiz Evaldo Veríssimo, unânime, j. 19.11.1996, in JTALLEX 164/43), conforme ementa a seguir transcrita: *“Competência recursal – Foro de eleição – Contrato de representação comercial firmado no exterior, segundo a legislação do país da empresa estrangeira contratante – Inexistência de afronta à jurisdição brasileira – Competência concorrente da justiça brasileira admitida na hipótese de existência das situações definidas nos incisos do artigo 88 do Código de Processo Civil, o que incorre no caso – Exceção de incompetência acolhida – Recurso improvido.”*

desconsiderada, sob o argumento de que tendo a justiça brasileira competência concorrente para o julgamento do feito, não poderia a cláusula, por via de consequência, afastar a atuação do juiz estatal nacional.

Assim sendo, no caso de celebração de contrato desta natureza com representante comercial brasileiro, deverá ser considerado o disposto no artigo 39, da Lei 4.886/65, com a redação da Lei 8.420/92, além dos posicionamentos passíveis de serem adotados e, em especial, quando haja violação à ordem pública ou contratação por adesão do representante, sem possibilidade de negociação prévia do conteúdo das disposições contratuais.

3.4. PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE

Ainda que inexista qualquer óbice – violação à ordem pública ou eventual limitação legal como, por exemplo, aquela prevista no artigo 89 do Código de Processo Civil Brasileiro – à validade da cláusula de eleição de foro, é importante mencionar que há hipóteses nas quais a cláusula é afastada por decisão judicial em que o Poder Judiciário Brasileiro dá-se por incompetente, alegando a ausência de interesse no julgamento do feito perante o ordenamento jurídico nacional.

Desta forma, após a análise das diversas limitações existentes no ordenamento jurídico pátrio no que tange à cláusula de eleição de foro, cumpre também mencionar que esta não subsiste em face do princípio da efetividade.

Ressalte-se que, inobstante fossem admitidas outras hipóteses da competência brasileira que não aquelas expressamente mencionadas nos artigos 88 e 89 Código de Processo Civil, exige-se que haja alguma vinculação com o território nacional para que seja incidente a competência internacional da justiça brasileira.

Dentro desta ótica, discute-se se eventualmente eleito o foro de uma cidade no território brasileiro para o julgamento de controvérsia originária de um contrato internacional sem qualquer vinculação com o Brasil, poderia o juiz nacional recusar-se em julgar a ação, sob o fundamento de inexistência de qualquer relação desta com o território brasileiro e impossibilidade de execução da sentença pela justiça local.

Sustenta-se, nestes casos, que por força do princípio da efetividade, *“em relação às causas não incluídas nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil Brasileiro, deve declarar-se internacionalmente incompetente o juiz brasileiro e exclusivamente competentes as autoridades judiciárias estrangeiras.”*⁸³

É preciso, portanto, para a clara compreensão do tema, verificar o que consiste o princípio da efetividade, o qual é definido por Amílcar de Castro⁸⁴, conforme passagem a seguir transcrita: *“O princípio da efetividade significa que o juiz é incompetente para proferir sentença que não tenha possibilidade de executar. É intuitivo que o exercício da*

⁸³ MESQUITA, José Ignácio Botelho de. In: Da Competência Internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo* nº 50, Ano XIII, Abril-Junho de 1988, p. 54.

⁸⁴ In: *Direito Internacional Privado*. 5ª edição aumentada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 537.

jurisdição depende da efetivação do julgado, o que não exclui a possibilidade de ser exercida a respeito de pessoas que estejam no estrangeiro, e portanto fora do poder do tribunal. O que se afirma é que, sem texto de lei, em regra, o tribunal deve-se julgar incompetente quando as coisas, ou o sujeito passivo, estejam fora de seu alcance, isto é, do alcance da força de que dispõe.”

José Ignácio Botelho de Mesquita⁸⁵ também aborda o tema, adotando, no entanto, posicionamento mais flexível do que o de Amilcar de Castro. Segundo este autor, há causas em relação às quais o Estado é juridicamente indiferente, devendo, portanto, serem excluídas das hipóteses de competência internacional do Estado, por faltar efetividade ao exercício da jurisdição nacional.

São três espécies de causas, em relação às quais Botelho de Mesquita⁸⁶ sustenta ser aplicável o princípio da efetividade, excluindo-as das hipóteses de competência internacional: “a) as que demandem aplicação de direito estrangeiro e não sejam suscetíveis de execução no território nacional; b) as que demandem aplicação do Direito nacional mas a sentença dada não seja suscetível de homologação no país onde deva ser executada; e c) as execuções sobre bens situados fora do território nacional ou referentes a obrigações de cujo título não conste o Brasil como lugar do cumprimento da obrigação.”

Frise-se, no entanto, que o princípio da efetividade não é de todo aceito para o fim de excluir a jurisdição nacional, existindo doutrinadores como José Inácio Gonzaga Franceschini⁸⁷, os quais sustentam que “o princípio da efetividade, segundo o qual o tribunal deve declarar-se incompetente quando não tenha razoável certeza de que poderá executar o julgado não parece, data venia, aceitável, tendo em vista que o Estado não é detentor de um poder de julgar, mas antes de um poder-dever de fazê-lo.”

José Inácio Gonzaga Franceschini reporta-se, ainda, aos ensinamentos de Agostinho Fernandes Dias da Silva⁸⁸, segundo o qual “o princípio da efetividade deve ser usado mais para justificar do que para excluir a competência”, pois “quando não tenha o juiz nenhuma outra razão para julgar a causa, deverá considerar que, se não o fizer, talvez ninguém mais o poderá fazer com efetividade, e por isso, então julgar.”

O próprio José Ignácio Botelho de Mesquita⁸⁹ admite que o princípio da efetividade comporta exceções, pois podem existir casos nos quais, apesar da ausência de qualquer relação com os artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil Brasileiro, haja

⁸⁵ In: Da Competência Internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo* nº 50, Ano XIII, Abril-Junho de 1988, p. 59-60.

⁸⁶ In: *Direito Internacional Privado*. 5ª edição aumentada e atualizada, Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 537.

⁸⁷ In: A lei e o foro de eleição em contratos internacionais. *Contratos Internacionais*. 2ª ed., revista e ampliada, Coordenador João Grandino Rodas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 116.

⁸⁸ In: Direito Processual Internacional. Rio de Janeiro: Villani Filhos, 1971, p. 43 apud FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. In: A lei e o foro de eleição em contratos internacionais. *Contratos Internacionais*. 2ª ed., revista e ampliada, Coord. João Grandino Rodas, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 116.

⁸⁹ In: Da Competência Internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo* nº 50, Ano XIII, Abril-Junho de 1988, p. 54.

algum outro ponto de contato com o ordenamento jurídico brasileiro que faça surgir o interesse da justiça do Brasil em exercer sua jurisdição sobre a causa. Assim também se posiciona Barbosa Moreira⁹⁰ ao sustentar que os elementos contidos no artigo 88 e também aqueles do artigo 89 do Código de Processo Civil são meramente indicativos e sua numeração não é taxativa, devendo eventuais lacunas da lei serem suprimidas mediante as regras de competência contidas no direito interno as quais também serviriam para firmar a competência internacional da justiça brasileira, bem como por analogia e com base nos princípios gerais do direito. Sustenta o referido autor que há casos em que seria absurdo negar a competência da justiça brasileira pelo simples fato de não ter a hipótese sido contemplada dentre aquelas previstas nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil (como ocorre, por exemplo, nas causas de jurisdição voluntária), ou ainda, naqueles casos de inexistência de uma Justiça internacionalmente competente para o julgamento do feito, mas que haja alguma vinculação da causa com o Brasil⁹¹.

⁹⁰ In: Problemas relativos a litígios internacionais. *Revista de Processo* nº 65, Ano 17, Janeiro-Março de 1992, p. 147-148.

⁹¹ Neste particular, BARBOSA MOREIRA, José Carlos, In: Problemas Relativos à Litígios Internacionais. *Revista de Processo* nº 65, Janeiro-Março de 1992, p. 148, menciona decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Cível nº 34.326, 07.02.1985), na qual a ação foi julgada pela justiça brasileira, pois se esta não o fizesse o autor, cidadão português residente no Brasil, não teria a quem se dirigir para postular a decretação de seu divórcio, tendo em vista que a justiça portuguesa seria incompetente para o julgamento do feito por ser o autor residente no Brasil.

Contudo, ainda que o princípio da efetividade não seja aceito pela totalidade dos doutrinadores, é possível encontrar decisões de variados tribunais pátrios⁹², inclusive do Superior Tribunal de Justiça, nas quais as causas não foram julgadas, por força do princípio da efetividade.

Assim sendo, mesmo eleito o foro brasileiro pelas partes, é possível que, em face do princípio da efetividade e presentes os requisitos caracterizadores do mesmo, seja afastada a atuação do juiz nacional.

3.5. MERCOSUL

Importante frisar a existência, no âmbito do Mercosul, do Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual Civil e Comercial⁹³, o qual tem sua aplicação a todos os contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares com domicílio ou sede social em diferentes Estados-Partes

⁹² O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina recentemente decidiu que *“o exercício da jurisdição depende da efetivação do julgado. Logo, não tem o Estado interesse jurídico no seu exercício em causa cuja sentença não possa executar, sobretudo quando as duas empresas estrangeiras, sem filial no Brasil, elegem o foro de terceiro país para deslindar a contenda”*, conforme ementa a seguir transcrita: *“Competência internacional. Transporte marítimo. Negócio celebrado no exterior, para cumprimento também no exterior, entre empresas estrangeiras sem filial no Brasil. Foro de eleição de justiça de terceiro país. Incompetência da Justiça Brasileira para processar e julgar ação que tem como causa de pedir perdas e danos decorrentes de arribação de navio a porto brasileiro por força de defeito mecânico que só pode ser utilmente executada no exterior. Ausência de interesse jurídico no exercício da jurisdição. Apelo desprovido.”* (TJSC, Ap. Cível nº 88.060151-3 (41005), São Francisco do Sul, Rel. Des. Eládio Torret Rocha, Câmara Cível Especial, j. 05.03.1997). O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Cível nº 5.097/94, 6ª Câmara Cível, maioria, Rel. Des. Marlan de Moraes Marinho, j. 06.12.1997, in Revista de Direito vol. 24, p. 140-145), ao decidir pela validade de cláusula de eleição de foro alienígena, também utilizou-se do princípio da efetividade, a fim de confirmar a sentença de 1º grau que havia julgado extinto o processo, por falta de pressuposto básico de constituição e de desenvolvimento válido do mesmo (no caso a jurisdição brasileira). Conforme consta do voto do Desembargador Mello Serra, seria indispensável *“examinar a questão do ponto de vista do Princípio da Efetividade, que segundo a doutrina, é o que estabelece a competência internacional, segundo a possibilidade de ser ou não a sentença, proferida em um país, reconhecida por países estrangeiros. Pois, sendo o Estado uma organização prática, não seria de seu interesse ocupar seus juizes com questões inúteis, cujas sentenças não poderiam ser executadas. Na espécie, não será necessário grande senso de observação, para se verificar a clara impossibilidade de serem reconhecidas como válidas as eventuais sentenças de mérito, que poderiam ser proferidas neste processo. É que, a parte alienígena, sobre a qual elas deveriam produzir efeitos, não está sujeita a nossa soberania e, portanto, a nossa jurisdição. Por isso, e porque não participou das lides, por certo, recorrerá ela ao Tribunal de eleição, para ver reconhecido seus direitos, numa incômoda e desprestigiada litispendência para o nosso Tribunal.”* O Superior Tribunal de Justiça, utilizando-se dos ensinamentos de José Inácio Botelho de Mesquita, confirmou a decisão recorrida que havia julgado extinto o processo, em face da incompetência da Justiça Brasileira para julgamento de feito não incluído nas hipóteses previstas nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil Brasileiro. No caso em tela, decidiu-se que a conexão não é elemento de fixação da competência internacional brasileira, sob o fundamento de que *“admitir-se que a conexão possa levar a que se firme a competência da autoridade judiciária brasileira, para hipóteses não cogitadas nos artigos 88 e 89 do CPC, poderá levar a uma alargamento excessivo daquela, colocando em risco o princípio da efetividade que domina a matéria,”* conforme ementa a seguir transcrita: *“Competência internacional. Causas conexas. A competência da autoridade judiciária brasileira firma-se quando verificada alguma das hipóteses previstas nos artigos 88 e 89 do CPC. O direito brasileiro não elegeu a conexão como critério de fixação da competência internacional que não se prorrogará, por conseguinte, em função dela.”* (STJ, Terceira Turma, REsp 2.170 – SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 07.08.1990, in RSTJ, Brasília, 2 (12): 261-437, agosto 1990)

⁹³ O Protocolo de Buenos Aires foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 2.095, de 17 de Dezembro de 1996, tendo entrado em vigor na data de sua publicação em 18 de Dezembro de 1996.

do Tratado de Assunção ou quando pelo menos uma das partes do contrato tenha seu domicílio ou sede social em um Estado-Parte do Tratado de Assunção e, além disso, tenha sido feito um acordo de eleição de foro em favor de um juiz de um Estado-Parte e exista uma conexão razoável segundo as normas de jurisdição previstas no referido Protocolo. Exclui-se, no entanto, do âmbito de aplicação do mesmo algumas relações jurídicas, tais como aquelas entre os falidos e seus credores e demais procedimentos análogos, especialmente as concordatas; os contratos de seguridade social, administrativos, de trabalho, de venda ao consumidor, de transporte, de seguro, bem como aqueles relativos a direitos reais além da matéria tratada em acordos no âmbito do direito de família e das sucessões⁹⁴.

Eduardo Tellechea Bergman⁹⁵ ressalta como normas que tiveram especial relevância para elaboração do referido Protocolo de Buenos Aires, o Tratado de Montevideo de Direito Civil Internacional de 1940, vigente entre os países do Uruguai, Argentina e Paraguai, bem como as normas contidas no Código de Bustamante, na Convenção Interamericana sobre Competência na Esfera Internacional para a Eficácia Extraterritorial de Sentenças Estrangeiras (CIDIP III de La Paz, Bolívia, 1984), na Convenção Européia de Bruxelas de 27.09.1968⁹⁶ e na Convenção Européia de Lugano de 16.09.1988⁹⁷. Além destas, Sara L. Feldstein de Cárdenas⁹⁸ menciona, como fontes normativas para a elaboração do Protocolo de Buenos Aires, a Convenção Interamericana sobre Domicílio das Pessoas Físicas celebrada em Montevideo no ano de 1979 e o Tratado de Direito Comercial Terrestre Internacional celebrado em Montevideo no ano de 1939/1940.

O Protocolo de Buenos Aires trata não somente da eleição de jurisdição, mas também, na ausência de acordo expresso acerca do tema, das hipóteses de jurisdição subsidiária. Em face do objeto do presente trabalho, esclarecemos que este será limitado à análise das normas contidas no Protocolo de Buenos Aires que tratam da eleição de foro tão somente.

⁹⁴ Artigo 2 do Protocolo de Buenos Aires.

⁹⁵ In: Un Marco Jurídico al Servicio de La Integración. Las Regulaciones del Mercosur sobre Jurisdicción Internacional. *Contratos Internacionales e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*. Coordenador Paulo Borba Casella, com a colaboração de Nádia de Araújo, Umberto Celli e Ricardo Th. Da Cunha. São Paulo: LTr, 1996, p. 48-74.

⁹⁶ A Convenção de Bruxelas foi subscrita em 27.09.1968 pela Bélgica, Alemanha, França, Itália, Luxemburgo e Holanda, tendo entrado em vigor em 01.02.1973. Conforme ressalta CARDENÁS, Sara L. Feldstein. In: *Jurisdicción Internacional en materia contractual*, Abeledo Perrot: Buenos Aires, 1995, p. 120, o texto original sofreu inúmeras alterações em face dos sucessivos convênios de adesão de novos Estados membros da Comunidade Européia, tendo a Convenção sido ratificada pela Dinamarca, Irlanda e Reino Unido em 1978, pela Grécia em 1982 e pela Espanha e Portugal em 1989.

⁹⁷ A Convenção de Lugano foi firmada em 16.09.1988 pelos Estados membros da Comunidade Européia e da EFTA (Associação Européia de Comércio Livre) que abrange a Áustria, Finlândia, Islândia, Noruega, Suécia e Suíça. Vigora na Holanda, França, Suíça, Portugal e Itália desde o ano de 1992 e na Suécia desde 01.01.1993.

⁹⁸ In: *Jurisdicción Internacional em Materia Contractual. El Sistema Jurídico en el Mercosur*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1995.

O artigo 4 disciplina a eleição de foro nos contratos civis ou comerciais no âmbito do Mercosul, sustentando que “*nos conflitos que decorram dos contratos internacionais em matéria civil ou comercial serão competentes os tribunais do Estado-Parte em cuja jurisdição os contratantes tenham acordado submeter-se por escrito, sempre que tal ajuste não tenha sido obtido de forma abusiva.*”

Verifica-se que, para a validade da cláusula de eleição de foro no âmbito do Mercosul, é exigido que a mesma seja escrita e não tenha sido obtida de forma abusiva, o que ocorreria na hipótese de eventual contrato de adesão firmado entre as partes contratantes. Neste particular, a Convenção de Bruxelas, por exemplo, é mais flexível, pois admite que a cláusula seja verbalmente pactuada pelas partes, desde que haja a posterior confirmação por escrito ou, ainda, seja convencionada em consonância com os usos comerciais⁹⁹.

Segundo o artigo 5, item 2, a validade e os efeitos da eleição de foro são regidos, também, pelo direito dos Estados-Partes que teriam jurisdição de conformidade com o disposto no Protocolo de Buenos Aires, tendo em vista que é o direito interno do país cujo foro foi eleito pelas partes que indicará o órgão julgador competente, dentro de sua organização judiciária, para solucionar a controvérsia.

Em relação à validade da cláusula e considerando que o artigo 1º, “b” exige que haja uma conexão razoável desta com as normas de jurisdição do Protocolo de Buenos Aires, Sara L. Feldstein de Cárdenas¹⁰⁰ sustenta que as cláusulas de eleição de foro em contratos internacionais submetidos às regras do Protocolo somente serão válidas caso tenham uma vinculação, não fraudulenta, com algum dos critérios selecionados pelo Protocolo, tais como o lugar do cumprimento do contrato, o lugar do domicílio, dentre outros.

Assim sendo, se inexistir qualquer tipo de vinculação da cláusula de eleição de foro com os critérios de conexão previstos no Protocolo de Buenos Aires, Sara L. Feldstein de Cárdenas defende que a cláusula é inválida, pois o objetivo do legislador comunitário é justamente evitar, com esta disposição, o *forum shopping*.

Caso constatada alguma dúvida ou ambigüidade suscitada em relação ao acordo de eleição de jurisdição, exige-se, ainda, seja aplicado o direito mais favorável no tocante à validade do mesmo.¹⁰¹ Neste particular, Beat Walter Rechsteiner¹⁰² sustenta que “*cumpra à jurisprudência dos Estados-Partes do Mercosul determinar quais são os direitos a*

⁹⁹ Em relação à forma da cláusula de eleição de foro, dispõe o artigo 17, da Convenção de Bruxelas, que “*tal convênio atributivo de competência deverá ser celebrado: a) por escrito ou verbalmente com confirmação por escrito; ou b) em uma forma que se ajuste aos hábitos que as partes tiverem estabelecido entre elas; ou c) no comércio internacional, em uma forma conforme os usos que as partes conhecem ou deveriam conhecer e que em dito comércio seja amplamente conhecidos e regularmente observados pelas partes nos contratos do mesmo tipo no setor comercial considerado.*”

¹⁰⁰ In: *Jurisdicción Internacional em Materia Contractual. El Sistema Jurídico en el Mercosur*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1995, p. 45-46.

¹⁰¹ Artigo 5, item 3, do Protocolo de Buenos Aires.

¹⁰² In: *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 2ª ed. Ampliada e atualizada. São Paulo: Ed. Saraiva, 1998, p.279-280.

¹⁰³ Artigo 5, item 1, do Protocolo de Buenos Aires.

serem levados em consideração para definir o direito mais favorável em relação à validade do acordo.”

Note-se que a cláusula de eleição de foro não precisa ser pactuada no momento da celebração do contrato, admitindo-se, ainda, que seja acordada durante a vigência do contrato ou uma vez suscitado o litígio¹⁰³. Neste particular, Antônio Corrêa¹⁰⁴ defende que “*a possibilidade de ser instituído foro de eleição deve ocorrer antes de instaurada a instância judicial sob pena de se impor ao órgão jurisdicional a decisão de uma lide em que o convencimento do julgador diante dos fatos e da lei aplicável seja contrário ao que afirmam as partes.*”

Percebe-se, portanto, que há legislação específica – Protocolo de Buenos Aires – regulando expressamente a validade das cláusulas de eleição de foro entre partes contratantes originárias de países membros do Mercosul.

Dúvida que surge, no entanto, em relação às cláusulas de eleição de foro inseridas em contratos regulados pelo Protocolo de Buenos Aires, é se o foro eleito é exclusivamente competente para o julgamento da controvérsia ou se o mesmo não obsta o julgamento pela autoridade judiciária do país, cuja competência, de acordo com as suas regras de direito processual, seja concorrente. Note-se que o texto do Protocolo não é claro a respeito deste tema, ao contrário, por exemplo, do artigo 17¹⁰⁵ da Convenção de Bruxelas¹⁰⁶, e do artigo 5º da Lei Federal Suíça sobre o Direito Internacional Privado, de 18 de Dezembro de 1987¹⁰⁷, os quais expressamente prevêm que o foro eleito pelas partes é exclusivo.

Beat Walter Rechsteiner¹⁰⁸ ressalta que este, dentre outros, é um dos problemas verificados em relação ao Protocolo de Buenos Aires, propondo que as lacunas existentes

¹⁰⁴ In: *Mercosul – Solução de Conflitos pelos Juizes Brasileiros*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1997, p.131.

¹⁰⁵ Dispõe o artigo 17 da Convenção de Bruxelas que “*se as partes, quando ao menos uma delas tiver seu domicílio em um Estado contratante, tiverem acordado que um tribunal ou os tribunais de um Estado contratante sejam competentes para conhecer de qualquer litígio que houver surgido ou que puder surgir por ocasião de uma determinada relação jurídica, tal tribunal ou tais tribunais serão os únicos competentes. (...)*”

¹⁰⁶ Para maiores esclarecimentos acerca do disposto na Convenção de Bruxelas, vide o artigo publicado na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, de autoria de António Sequeira Ribeiro, Sobre os Pactos de Jurisdição na Convenção de Bruxelas de 1968: Uma breve abordagem ao art. 17, Portugal: Coimbra Editora, 1998.

¹⁰⁷ Vide os comentários de OVERBECK, Alfred E. Von. In: A eleição de foro segundo a nova lei suíça sobre o Direito Internacional Privado de 18 de Dezembro de 1987. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 12, p. 7-18, 1996. Neste artigo, encontramos comentários acerca do artigo 5º da Lei Federal Suíça de 18 de Dezembro de 1987, a seguir transcrito: “*IV – Eleição de foro. 1. Em matéria patrimonial, as partes podem convencionar sobre o tribunal chamado a resolver um conflito nascido ou a nascer por ocasião de uma relação de direito determinada. A convenção pode ser feita por escrito, por telegrama, telex, fax ou qualquer outro meio de comunicação que permita estabelecer a prova por um texto. Salvo estipulação em contrário, a eleição de foro é exclusivo. 2. A eleição de foro fica sem efeito se ela priva, de forma abusiva, uma das partes da proteção que lhe assegura um foro previsto pelo Direito Suíço. 3. O Tribunal eleito não pode declinar de sua competência: a. Se uma parte é domiciliada, tem sua residência habitual ou um estabelecimento no cantão onde ele tem sede, ou b. Se em virtude da presente lei, o Direito Suíço é aplicável ao litígio.*”

¹⁰⁸ In: *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 2ª edição ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 280-281.

no mesmo sejam preenchidas pela *lex fori*: “Questões relevantes em relação à eleição de foro em Estados-membros do Mercosul não são reguladas pelo protocolo. Assim, este não diz se o foro eleito é exclusivo, ou seja, se as partes podem ou não ingressar perante um outro juízo que seja internacionalmente competente, apesar de existir uma cláusula de eleição de foro no contrato internacional celebrado por elas. Ademais, o protocolo silencia sobre os pressupostos que sejam necessários para que uma cláusula de eleição de foro possa obrigar os herdeiros e sucessores das partes do contrato. A nosso ver, é exclusivamente a *lex fori* que deve preencher as lacunas do protocolo. Trata-se, aqui, de questões relativas aos efeitos da cláusula de eleição de foro. Estas não se restringem apenas a sua validade, o que permitiria levar em consideração o direito mais favorável nos termos do protocolo.”

Parece-nos, desta forma, que a controvérsia acabará sendo superada pela interpretação dos tribunais em relação às regras contidas no Protocolo de Buenos Aires. Contudo, até à conclusão deste trabalho, não localizamos quaisquer decisões acerca do tema que pudessem demonstrar o posicionamento dos tribunais em relação à cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais entre partes de países membros do Mercosul, tendo, no entanto, Nadia de Araujo¹⁰⁹ mencionado que a Carta Rogatória nº 8837, originária do Paraguai, teria sido devolvida pelo Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de que uma vez eleito o foro brasileiro, seria impossível a citação da empresa brasileira através da referida Carta Rogatória, pois somente aqui poderia ser acionada, em consonância com o disposto na cláusula pactuada pelas partes contratantes.

De qualquer forma, o tema da exclusividade ou não da cláusula de eleição de foro deverá ser objeto de debate, não somente da doutrina, mas também dos tribunais, a fim de solidificar uma interpretação uniforme do Protocolo de Buenos Aires, o qual não regulou expressamente a matéria, ao contrário, por exemplo, da Convenção de Bruxelas e da Lei Federal Suíça sobre o Direito Internacional Privado, de 18 de Dezembro de 1987.

4. CONCLUSÃO

Verifica-se que não são poucas as questões relacionadas à cláusula de eleição de foro em contratos internacionais. Conforme foi constatado, a análise e negociação da cláusula de eleição de foro, juntamente com as demais cláusulas contratuais, é imprescindível, pois, o conteúdo da mesma afeta diretamente a questão da lei aplicável a um contrato, em especial, naqueles ordenamentos jurídicos que não consagraram a autonomia da vontade como elemento de conexão a reger a matéria, como é o caso do direito brasileiro.

Há uma série de limitações existentes no ordenamento jurídico pátrio que poderão acarretar a inobservância do disposto na cláusula de eleição de foro convencionada pelas partes.

¹⁰⁹ A decisão é mencionada na obra *Contratos Internacionais*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 265.

Com efeito, estas limitações, no entanto, não são somente legais, como nas hipóteses de competência absoluta previstas no artigo 89 do Código de Processo Civil Brasileiro, mas também decorrem do entendimento dos tribunais pátrios acerca do tema.

Note-se que, tratando-se de hipótese de competência concorrente da justiça brasileira e eleito foro estrangeiro para o julgamento do feito, isto não obsta que a ação seja aqui julgada, afastando-se, assim, o disposto livremente pelas partes no instrumento contratual firmado pelas mesmas.

Desta forma, constata-se que do confronto entre eventual cláusula de eleição de foro alienígena e uma hipótese de competência concorrente da justiça brasileira, os tribunais pátrios têm sustentado que esta deve prevalecer, afastando o que houvera sido prévia e livremente estipulado sobre o assunto. Sem dúvida, este posicionamento jurisprudencial deverá ser considerado quando da negociação de um contrato internacional, em face dos riscos da cláusula de eleição de foro ser desconsiderada pelo juiz estatal brasileiro, sujeitando as partes, ainda, à interpretação e julgamento deste no que tange eventual lei livremente pactuada pelas mesmas.

Verifica-se, portanto, conforme salienta Nadia de Araujo¹¹⁰, que “*quando é preciso decidir-se entre a cláusula e a competência, esta última é a preferida*” pelos tribunais pátrios, pois estes, nas hipóteses de competência concorrente, não afastam a atuação do juiz nacional, ainda que as partes tenham livremente estipulado, em contrato internacional firmado pelas mesmas, foro diverso para o julgamento da controvérsia.

De qualquer sorte, é mister mencionar que caso a controvérsia seja julgada em foro diverso do que aquele contratualmente estipulado, a parte que eventualmente se julgar prejudicada poderá postular perdas e danos em decorrência do descumprimento de cláusula contratual ou ainda demandar o pagamento de cláusula penal convencionada pelas partes no instrumento contratual. É possível, portanto, discutir a responsabilidade de uma parte contratante por eventuais danos causados a outra, em decorrência da violação da cláusula de eleição de foro pactuada livre e expressamente entre as mesmas.

Por óbvio, a cláusula de eleição de foro nos contratos internacionais não é aleatoriamente determinada, mas pressupõe uma ampla análise dos dispositivos legais dos ordenamentos jurídicos envolvidos, refletindo uma escolha mais favorável para ambas as partes contratantes, inclusive sob o ponto de vista econômico, devendo, portanto, ser observada. Neste sentido, reportamo-nos ao famoso *leading case* Bremen v. Zapata da Suprema Corte norte-americana, no qual foi sustentada a necessidade de observar o disposto na cláusula de eleição de foro, tendo vista que “*the forum clause was a vital part of the agreement, and it would be unrealistic to think that the parties did not conduct their negotiations, including fixing monetary terms, with the consequences of the forum clause selection figuring prominently on their calculations.*” Desta forma, a inobservância da cláusula por qualquer uma das partes contratantes, por ter reflexos econômicos e importar em análise do contrato de forma diversa pela justiça não eleita previamente pelas partes, pode embasar eventual ação de perdas e danos pelo contratante prejudicado, ou ainda, acarretar o

¹¹⁰ In: *Contratos Internacionais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 286-287.

pagamento de cláusula penal prevista no instrumento contratual por descumprimento do mesmo.

Assim sendo, embora a cláusula de eleição de foro seja amplamente aceita no direito brasileiro, ressalvadas as limitações abordadas no presente trabalho, verifica-se que o tema é bastante complexo em face das implicações que o mesmo apresenta.

Na negociação de um contrato internacional, é mister, portanto, atentar não somente para as normas dos países com alguma conexão com o contrato, quer, por exemplo, seja o domicílio das partes ou o lugar de celebração ou de execução do contrato, mas também para o posicionamento dos tribunais locais, a fim de constatar a possibilidade de eventual cláusula de eleição de foro ser afastada, acarretando, ainda, a inobservância da cláusula de eleição da lei aplicável ao contrato, caso também pactuada pelas partes e inadmitida no país no qual a controvérsia é julgada.

Bibliografia

ALVIM, Arruda. Competência Internacional. *Revista de Processo* nº 7-8, Ano II, Julho – Dezembro de 1977.

ARAUJO, Nadia de. *Contratos Internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

— *A autonomia da vontade nos contratos internacionais – direito brasileiro e países do Mercosul: Considerações sobre a necessidade de alterações no Direito Internacional Privado do Bloco*. Palestra proferida no Curso de Especialização “O Novo Direito Internacional”. Porto Alegre: UFRGS, 1999.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos Internacionais. *Revista Forense*, nº 270, Ano 76, Abril – Junho de 1980.

BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume 1. 10ª ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Problemas relativos a litígios internacionais. *Revista de Processo* nº 65, Ano 17, Janeiro-Março de 1992.

BASSO, Maristela. *Contratos Internacionais do Comércio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BERGMAN, Eduardo Tellechea. Un Marco Jurídico al Servicio de La Integración. Las Regulaciones del Mercosur sobre Jurisdicción Internacional. *Contratos Internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*. Coordenador Paulo Borba Casella, com a colaboração de Nádia de Araújo, Umberto Celli e Ricardo Th. Da Cunha. São Paulo: LTr, 1996.

BORN, Gary B. *International Civil Litigation in United States Courts*. Third Edition, Den Haag: Kluwer Law International, 1996.

CALIXTO, Negi. Contratos Internacionais e Ordem Pública. *Revista dos Tribunais*, nº 701, Ano 83, Março de 1994.

CÁRDENAS, Sara L. Feldstein de. *Jurisdicción Internacional em materia contractual*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

CASTRO, Amilcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed. aum. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

CORRÊA, Antonio. *Mercosul: Solução de conflitos pelos juízes brasileiros*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 5ª ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999.

DOLINGER, Jacob. *A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro, 1979.

ESPÍNOLA, Eduardo e Eduardo Espínola Filho. *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FAWSETT, J.J. *Declining Jurisdiction in Private International Law: Reports to the XIVth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. *A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais*. *Contratos Internacionais*, 2ª edição, rev. e amp. Coordenador João Grandino Rodas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

GOLDSMITH, Jack L. *International Dispute Resolution: The regulation of forum selection. Fourteenth Sokol Colloquium*. Irvinton, New York: Transnational Publishers, Inc., 1997.

HUCK, Hermes Macedo. *Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria: Horizontes e fronteiras do comércio internacional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *Lei de Introdução ao Código Civil e Aplicação do Direito do Trabalho*. São Paulo: Malheiros, 1996.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Lei de Introdução ao Código Civil Interpretada: Jurisprudência e Bibliografia*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

MAGALHÃES, José Carlos de. Competência Internacional do Juiz Brasileiro e Denegação da Justiça. *Revista dos Tribunais*, nº 630, Ano 77, Abril de 1988.

MELLO, Marcelo Oliveira e Carlos Cesar Borromeu de Andrade. A Arbitragem nos Contratos Comerciais e Petrolíferos Internacionais. *A Arbitragem na era da globalização*. Coordenador José Maria Rossani Garcez. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Da Competência Internacional e dos princípios que a informam. *Revista de Processo* nº 50, Ano XIII, Abril-Junho de 1988.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 1973.

NYGH, Peter. Choice of Forum and Law in International Commercial Arbitration. *Forum Internationale*, nº 24, Junho de 1997. Holanda: Kluwer Law International, 1997.

OCTAVIO, Rodrigo. *Manual do Código Civil*, volume 1, parte segunda, Direito Internacional Privado, arts. 8 a 21, Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1932.

OVERBECK, Alfred E. Von. A Eleição de Foro segundo a Nova Lei Suíça sobre o Direito Internacional Privado de 18 de Dezembro de 1987. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, volume 12, Porto Alegre: UFRGS, 1996.

PEREIRA, Luís Cezar Ramos. A competência internacional da autoridade judiciária brasileira. *Revista dos Tribunais*, nº 586, Ano 73, Agosto de 1984.

——— A Litispendência Internacional no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, nº 711, Ano 84, Janeiro de 1995.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem Privada Internacional no Brasil: Depois da nova Lei 9.307, de 23.09.1996*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

——— *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, António Sequeira. Sobre os Pactos de Jurisdição na Convenção de Bruxelas de 1968: Uma breve abordagem ao art. 17. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Portugal: Coimbra Editora, 1998.

ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: Aspectos doutrinários e práticos. *Contratos Internacionais*, 2ª edição,

rev. e amp. Coordenador João Grandino Rodas, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. Volume IV, 7ª edição, Rio de Janeiro: Editor José Konfino, 1966.

SANTOS, Moacir Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil: Adaptadas ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1982-1983.

SILVA, Luiz Alberto de Souza. *Direito Internacional Privado (Lei de Introdução ao Código Civil)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1: Do processo de conhecimento, arts. 1º ao 100*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 16ª edição, São Paulo: Ltr, 1996.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo: Editora LTr, 3ª edição revista e ampliada, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro. A arbitragem na era da globalização*. Coordenador José Maria Rossani Garcez, Rio de Janeiro: Forense, 1997

TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11ª edição, revista e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

VAGTS, Detlev F. *Transnational Business Problems*. University casebook series. 2ª ed., Nova York: Foundation Press, 1998.

VALADÃO, Haroldo. O Contrato Internacional. *Revista Forense*, nº 269, Ano 76, Janeiro – Março de 1980.

WALD, Arnaldo. Validade das Convenções sobre foro do contrato. *Estudos e pareceres de Direito Comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.

Pessoa Jurídica: Questões Clássicas e Atuais (Abuso – Sociedade Unipessoal – Contratualismo)

Norberto da Costa Caruso Mac-Donald
Professor de Direito Comercial da UFRGS

“Benchè inserito nel linguaggio legislativo, il concetto di persona giuridica non è, in realtà, destinato a svolgere alcuna immediata funzione normativa: la sua è, più propriamente, una funzione filosofico-giuridica o, se si preferisce, ideologica.” (Francesco Galgano, *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*. Bolonha: Zanichelli, 1995. p. 95)

Sumário: 1 Introdução; 2 Sociedades empresárias e personalidade jurídica; 3 Estrutura do conceito de pessoa jurídica; 4 Função ideológica do conceito de pessoa jurídica; 5 Limitação da responsabilidade do empresário individual; 6 Superação da personalidade jurídica: distinções; 7 As diversas técnicas de repressão ao abuso da personalidade jurídica; 8 Tendências jurisprudenciais; 9 Contrato e pessoa jurídica; 10 O artigo 50 do Novo Código Civil; 11 Considerações finais; Referências.

1 Introdução

1.1 Embora conte a doutrina nacional, a partir da manifestação pioneira de RUBENS REQUIÃO em conferência no final dos anos sessenta,¹ com numerosos estudos sobre pessoa jurídica e abuso da personalidade jurídica,² uma novidade justifica,

¹ A conferência, intitulada “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)”, está reproduzida em **Aspectos modernos de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 67-86, e na **Revista dos Tribunais**, n. 410, p. 12-24.

² No tocante à desconsideração da personalidade jurídica, lembra CRISTIANO GRAEFF JR. que “No direito brasileiro, dissertaram a respeito: REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*, **Revista dos Tribunais**, n. 410/12; CASILLO, João. *Desconsideração da pessoa jurídica*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 528, p. 24-40. RAMALHETE, Clóvis. *Sistema da legalidade na desconsideração da personalidade jurídica*, **Revista dos Tribunais**, n. 586/10/14; MARIANI, Irineu. *A desconsideração da pessoa jurídica (contribuição para o seu estudo)*, **AJURIS**, n. 40/150; GIARETA, Gerci. *Teoria da despersonalização da pessoa jurídica (disregard doctrine)*. **AJURIS**, n. 44/111; ALBERTON, Genacéia da Silva. *A desconsideração da pessoa jurídica no código do consumidor: aspectos processuais*. **AJURIS**, n. 54/146; OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. Saraiva, 1979 e **Revista dos Tribunais**, n. 561, p. 43 e ss. artigo intitulado *Sociedade Comercial*.” (GRAEFF JR., Cristiano. **Compêndio elementar das sociedades comerciais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.124). JOSÉ WALDECY LUCENA acrescenta as obras de COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977; JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. (LUCENA, José Waldecy. **Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 196, nota n. 56)

se não exige, que o tema volte a ser versado: a inclusão, no novo Código Civil,³ de dispositivo pertinente à matéria. O texto atual do art. 50 resultou de Emenda do Relator no Senado, o qual esclarece que a fórmula adotada proveio do conhecimento e da experiência do Prof. Fábio Konder Comparato.⁴

1.2 Ainda que passíveis das ressalvas que serão examinadas no item 6, infra, antecedentes são apontados em nosso sistema legislativo, tais como o § 2º do art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho, o art. 135 do Código Tributário Nacional, o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, o art. 18 da Lei 8.884/94 (Lei Antitruste) e o art. 4º da Lei 9.605/98, os três últimos mencionados por FÁBIO ULHOA COELHO como dispositivos que se referem expressamente à desconconsideração da personalidade jurídica.⁵ Observa o mesmo autor que:

O Código Civil de 2002 não contempla nenhum dispositivo com específica referência à desconconsideração da personalidade jurídica; contempla, porém, uma norma destinada a atender às mesmas preocupações que nortearam a elaboração da *disregard doctrine*. É o art. 50: [...]

De sua vez, MARÇAL JUSTEN FILHO registra que, além das hipóteses de desconconsideração da personificação societária, expressamente consagradas pelo direito pátrio, se pode inferir a possibilidade (ou, até, a necessidade) de aplicação da desconconsideração por análise das normas existentes, reportando-se, a esse respeito, a regras da Lei das Sociedades Anônimas, mormente àquelas relativas ao acionista controlador.⁶

1.3 Por ser justamente com relação às sociedades tradicionalmente classificadas como mercantis, ou, mais amplamente, àquelas que têm por objeto atividades empresariais, que se põe com maior intensidade a questão da desconconsideração da personalidade jurídica, sobretudo para enfrentar o abuso da responsabilidade limitada, o desenvolvimento deste trabalho privilegiará tal aspecto, sem esquecer, contudo, que ele não esgota a matéria. Ademais, outras questões conexas e correspondentes soluções atualmente propostas serão abordadas.

1.4 De outra parte, a invocação de subsídios de direito comparado, destacando-se modernas orientações e tendências legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, certamente auxiliará uma adequada apreciação e futura aplicação do art. 50 do novo Código.

1.5 Para ilustrar, desde logo, a renovação no campo doutrinário, basta considerar a manifestação crítica de FRANCESCO GALGANO, de que a doutrina da

³ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que, segundo o seu art. 2044, entrará em vigor 1 (um) ano após a sua publicação. Doravante, no presente estudo, será designada como novo Código.

⁴ MARINHO, Josaphat. Parecer final do relator ao projeto de código civil. In: REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 134.

⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2, p. 49-54.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Desconconsideração da personalidade societária no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 145-151.

superação não soube formular um critério geral para distinguir quando deve ser mantido e quando, ao invés, superado o “escudo” da pessoa jurídica, porquanto tudo repousa sobre razões de conveniência e de equidade, justificadas pelos casos particulares. E isso torna manifesta, em toda a sua extensão, a crise do conceito de pessoa jurídica.⁷ Na mesma trilha, MATTEO TONELLO destaca que com a concepção mais moderna:

[...] o intérprete se liberta da inútil ilusão lingüística e conceitual da pessoa jurídica e coloca a questão do abuso de responsabilidade limitada nos termos elementares do respeito ou não das regras de organização ditadas pelo sistema para cada tipo societário.⁸

1.6 A repercussão de tais concepções levou a que a venerável pessoa jurídica se apresente, em jurisprudência atual, sempre mais freqüentemente qual vulnerável pessoa jurídica, consoante a observação de BRUNO INZITARI.⁹

1.7 Na esfera legislativa, há de ser considerada, em virtude de sua conexão com a autonomia patrimonial decorrente da aquisição da personalidade jurídica, a tendência à regulamentação da empresa individual de responsabilidade limitada, “hoje admitida por diversos países, como França, Alemanha, Bélgica e Holanda, quer sob a forma de sociedade unipessoal, quer sob outras formas especiais, como a técnica do patrimônio de destinação, adotada por Portugal.”¹⁰ (itens 2.13 e 5.6; nota 39, *infra*)

1.8 Outra questão que não pode ser ignorada no exame da matéria, por atingir o âmago da pessoa jurídica, concerne à função ideológica desempenhada por seu conceito. Isso se revela na diversidade de soluções apontadas para os problemas propostos pela aquisição da personalidade jurídica.¹¹

1.9 Igualmente relevante, dentre os efeitos das modernas concepções pertinentes à pessoa jurídica, é a aplicação ao ato constitutivo e relações entre os sócios, inclusive das sociedades de capitais, das normas sobre os contratos em geral, e, pois, daquela pertinente à boa-fé,¹² que no novo Código encontra guardada no art. 422 e constitui cláusula geral orientadora de todo o direito dos contratos.¹³

1.10 Finalmente, a partir das observações e reflexões apresentadas, poder-se-á estabelecer alguns critérios para orientar a aplicação do art. 50 do novo Código.

⁷ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. Bologna: Zanichelli, 1999, p. 95.

⁸ TONELLO, Matteo. *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*. Padova: CEDAM, 1999, p. 254. (traduzido)

⁹ INZITARE, Bruno. La “vulnerabile” persona giuridica. *Contratto e impresa*, Padova, v. 1, n. 3, p. 679, set./dic. 1985.

¹⁰ WEIGMANN, Roberto. L'impresa individuale a responsabilità limitata. In: GALGANO, Francesco (org). *Atlante di diritto privato comparato*. Bologna: Zanichelli, 1997, p. 196, 200 e 206. (traduzido)

¹¹ Cf. item 4, *infra*.

¹² Cf. item 9, *infra*.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 15, p. 129 a 154. Em especial p. 147 a 153.

2 Sociedades empresárias e personalidade jurídica

2.1 A invocação de doutrina e jurisprudência estrangeiras, cuja valia é indiscutível sobretudo na época atual, impõe ter presente o tratamento legislativo às sociedades no que respeita ao reconhecimento da personalidade jurídica. Difícil o entendimento das diversas concepções sem atentar para o contexto em que foram formadas. Ademais, na linguagem dos juristas, a idéia da limitação da responsabilidade do sócio é tradicionalmente acompanhada pelo conceito de pessoa jurídica.¹⁴

2.2 Por termos, em nosso país, no art. 16 do Código Civil de 1916, dispositivo afirmando expressamente a personalidade jurídica das sociedades civis e comerciais, não raro esquecemos que, anteriormente, não havia acordo entre nossos juristas em relação à personificação tanto das primeiras quanto das últimas.¹⁵ Como observa CARVALHO DE MENDONÇA, nenhum artigo do Código Comercial de 1850 reconhece a personalidade jurídica das sociedades comerciais; ao contrário, parece que muitos a contestam (vejam-se, por exemplo, os arts. 311 e 315).¹⁶ É que, ensina EUNÁPIO BORGES, “não estando, ainda, à época da elaboração do Código Comercial, perfeitamente definida a doutrina das pessoas jurídicas, o legislador de 1850 não podia ter uma concepção clara a respeito.”¹⁷

2.3 O novo Código manteve a orientação do Código Civil de 1916. Conquanto não mais se estabeleça “distinção entre sociedades civis e sociedades comerciais, mas entre pessoas jurídicas sem (associações) ou com fins econômicos (sociedades)”¹⁸, são pessoas jurídicas tanto as primeiras (associações) quanto as últimas (sociedades de pessoas e de capitais) – art. 44, desde que inscritas no respectivo registro – art. 45.

2.4 Como “o Código Civil de 2002 inspira-se no *Codice Civile* e, adotando a teoria da empresa, incorpora o modelo italiano de disciplina privada da atividade econômica”,¹⁹ inicia-se pela Itália o exame dos subsídios de direito comparado. Lá, “mesmo após 1942 e nada obstante o disposto nos arts. 2331 e 2458 do Código Civil, e no art. 145 do Código de Processo Civil, permanecem as controvérsias a respeito da matéria: para alguns, a personalidade jurídica foi reconhecida a todas as sociedades e associações; para outros, às sociedades inscritas no registro das empresas; para uma

¹⁴ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 1.

¹⁵ BORGES, Eunápio. **Curso de direito comercial terrestre**. Rio de Janeiro: Forense, 1971, n. 247, p. 261; CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de direito comercial brasileiro**. São Paulo: Freitas Bastos, 1958. v. III, n. 602, p. 80-81.

¹⁶ *Ibidem*. Os arts. 311 e 315 concernem, respectivamente, às sociedades em comandita simples e às sociedades em nome coletivo, contendo a exigência de que ao menos um dos sócios seja comerciante, em harmonia com a concepção de ser a sociedade uma “parceria” entre comerciantes. Com o reconhecimento legislativo da personalidade jurídica das sociedades comerciais, estas podem existir ainda que nenhum dos sócios seja comerciante, “pois comerciante é a sociedade, pessoa jurídica resultante do contrato social. Não os sócios individualmente.” (BORGES, Eunápio, op. cit., n. 269, p. 291)

¹⁷ BORGES, Eunápio, op. cit., n. 247, p. 261.

¹⁸ MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. O projeto de código civil e o direito comercial. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, v. 16, p. 139-160, 1999. p. 153.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 1, 2002, p. 24.

terceira corrente, apoiada pela jurisprudência da Corte de Cassação, somente às sociedades de capitais.”²⁰ Predomina o último entendimento, segundo o qual o Codice Civile estabeleceu uma distinção geral entre as sociedades de pessoas, de um lado, e, de outro, as sociedades de capitais e as cooperativas: as primeiras são concebidas como sociedades sem personalidade jurídica; as outras, como sociedades com personalidade jurídica.²¹

2.5 Segundo MATTEO TONELLO, “o sistema italiano reflete o alemão; na França, ao invés, também as sociedades de pessoas adquirem a personalidade jurídica por efeito da inscrição no registro de comércio.”²² Igualmente as sociedades civis, que permanecem na França distintas das sociedades comerciais, adquirem a personalidade jurídica com o registro.

2.6 Também o direito alemão conhece a sociedade civil, denominada *BGB Gesellschaft*, ou *Gesellschaft des bürgerlichen Recht (GbR)*, regulada justamente pelo BGB, §§ 705 ss., a qual constitui o modelo básico para todas as sociedades de pessoas (*Personengesellschaften*), ainda que, contrariamente à sociedade simples italiana e à sociedade civil francesa, possa exercer também atividades comerciais, embora privada de personalidade jurídica e não exigindo, para existir, a inscrição no registro de comércio²³

São sociedades de pessoas reconhecidas pela lei alemã, além da já citada *BGB Gesellschaft*, a *offene Handelsgesellschaft (oHG)*, sociedade em nome coletivo, e a *Kommanditgesellschaft (KG)*, sociedade em comandita simples, ambas sem personalidade, mas a elas atribuída no §124 do HGB forte capacidade jurídica, “não havendo dúvida de que podem adquirir propriedade sobre imóveis e outros direitos reais, além de um título executivo contra a sociedade não permitir a execução direta dos sócios.”²⁴ As sociedades de capitais (*Kapitalgesellschaften*) compreendem, segundo a tradição continental, a *Aktiengesellschaft (AG)*, sociedade por ações, considerada comercial pela forma, a *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (G.m.b.H.)*, sociedade de responsabilidade limitada, e a *Kommanditgesellschaft auf Aktien (Kg.a.A.)*, sociedade em comandita por ações, de escassa utilização. A sociedade de responsabilidade limitada é o tipo social mais difundido na Alemanha, em razão da rigidez e conseqüente onerosidade da

²⁰ COTTINO, Gastone. *Diritto commerciale*. Padova: CEDAM, 1987. v. I. t. II, p. 96-97. (traduzido)

²¹ GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova: CEDAM, 1984. v. VII, p. 105. O mesmo autor adverte que tal distinção legislativa não resiste à crítica, questão a ser considerada oportunamente.

²² TONELLO, Matteo, op. cit., p. 44, nota 78 (traduzido). Sob esta ótica, o sistema brasileiro, quer o atualmente em vigor, quer o estabelecido no novo Código, aproxima-se do francês, ainda que nesse último permaneça a distinção entre sociedades civis, reguladas pelos arts. 1845 e ss. do Code Civil, e sociedades comerciais, disciplinadas pela Loi sur les sociétés commerciales, o que não ocorre no novo Código, como antes apontado (CONTE, Mattia e MACCABRUNI, Franco F. Analogie e permanenti differenze fra il diritto societario italiano e quelli dei principali paesi dell'Unione Europea. *Contratto e impresa/Europa*. Padova, v. 3, n. 2, p. 945, lug./dic. 1988.

²³ CONTE, Mattia e MACCABRUNI, Franco F., op. cit., p. 946. (traduzido)

²⁴ CONTE, Mattia e MACCABRUNI, Franco F., op. cit., p. 950. (traduzido)

sociedade por ações, vigendo em relação a essa última a norma segundo a qual todas as disposições que não são expressamente indicadas como derogáveis são cogentes.²⁵

2.7 Na Espanha, a *sociedad regular colectiva* (s.r.c.) e a *sociedad en comandita* (s.c.) correspondem aos homólogos modelos italianos, o mesmo podendo ser dito da *sociedad anonima* relativamente à *società per azioni*.²⁶ Informa JOAQUÍN GARRIGUES que o Código Comercial espanhol de 1886 pôs termo à discussão sobre se a personalidade poderia ser atribuída a todas as sociedades, inclusive à coletiva: sem qualquer distinção declara (art. 116, §2º) que, uma vez constituída, a sociedade mercantil terá personalidade jurídica.²⁷

2.8 Na Grã-Bretanha, a distinção fundamental é entre sociedade *incorporated* e sociedade *unincorporated*, a qual, não tendo recebido aquele que outrora era o benefício soberano da incorporação, é privada de personalidade jurídica, com as óbvias conseqüências em tema de responsabilidade dos sócios.^{28,28} CONTE, Mattia e MACCABRUNI, Franco F., op. cit., p. 951. (traduzido)

Nas *unincorporated Companies* compreendem-se a *Unlimited Company*, que, como indica a própria denominação, prevê a responsabilidade ilimitada de todos os sócios. Outros tipos de sociedade de pessoas são a *Partnership*, a *Limited by Guarantee* e a *Limited Partnership*, que reproduz, substancialmente, o esquema da sociedade em comandita simples. Dois são os tipos fundamentais de sociedades de capitais, em que a responsabilidade é limitada ao valor das ações subscritas: a *Public Limited Company (Plc.)*, com a possibilidade de emitir ações suscetíveis de cotação na *London Stock Exchange*, e a *Private Limited Company (Ltd.)*, sem a referida possibilidade. A personalidade jurídica é adquirida com a emissão do *Certificate of Incorporation*, pela *Companies House* ou *Company Office*, órgão administrativo.²⁹

2.9 HUBERT LEPARGNEUR,³⁰ após salientar que, nos Estados Unidos,³¹ a distinção entre sociedades comerciais e sociedades civis, inclusive associações (sem fins econômicos), carece de interesse, aponta como divisão fundamental aquela entre sociedades sem personalidade

²⁵ Ibidem p. 950, 960, 964 e 976. Contrariamente, o papel do legislador em matéria societária encontra, segundo a teoria contratualista norte-americana (cf. nota 9.3.1, *intra*), um modestíssimo espaço. Esse se reduz ao fato de poder integrar os contratos que as partes celebram através de normas supletivas, as quais servem, assim, somente para preencher as omissões. As outras normas que disciplinam os diversos aspectos da vida societária encontram sua fonte na autonomia negocial das partes. (PORTALE, Giuseppe B. *Lezioni di diritto comparato*. Turim: G Giappichelli Ed., 2001. p. 179-180)

²⁶ Ibidem, p. 951 e 972.

²⁷ GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Madrid: Imprenta Aguirre, 1976. tomo I, p. 117 e 347-348.

²⁸ CONTE, Mattia e MACCABRUNI, Franco F., op. cit., p. 951, 966 e 967. ANDRÉ TUNC distingue como *registered companies* aquelas cuja personalidade jurídica decorre tão-só do registro de conformidade com a lei, possibilidade oferecida desde 1844. (*Le droit anglais des sociétés anonymes*. Paris: Dalloz, 1971, p. 20)

³⁰ LEPARGNEUR, Hubert. *Les sociétés commerciales aux États - Unis d'Amérique*. Paris: Dalloz, 1951, p. 29 a 49.

³¹ Esclarece E. ALLAN FARNSWORTH que a matéria pertinente a sociedades não foi incluída no *Uniform Commercial Code*, sendo a organização das empresas regida pelas leis estaduais, não havendo, outrossim, diferenças fundamentais entre a maioria dessas leis sobre companhias, baseadas, várias delas, no Model Business Corporation Act (FARNSWORTH, E. Allan. *Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, p. 172, 176). Este foi inicialmente elaborado pela Fundação Americana dos Advogados e, posteriormente, atualizado e modificado pela Associação Americana dos Advogados. (CRISTIANO, Romano. *Personificação da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 45)

jurídica e com personalidade jurídica, à semelhança do que ocorre no direito inglês. No âmbito das primeiras, destaca as *partnerships*, cuja característica é envolver normalmente a responsabilidade ilimitada e pessoal dos sócios, distinguindo-os entre *partnerships stricto sensu*, análogas às sociedades em nome coletivo, e *partnerships lato sensu*, que compreendem as *limited partnerships*, correspondentes às sociedades em comandita, as *joint stock companies* ou *joint stock associations*, com tratamento próprio de sociedade de pessoas, além de, ao menos para a maioria dos autores, as *joint ventures* e os *syndicates*. Observa, ainda, o mesmo autor que não existe uma divisão estanque entre a categoria de *partnerships*. Dos tipos societários, o mais importante é, sem dúvida, constituído pelas *corporations*,³² correspondentes às sociedades anônimas ou sociedades por ações dos sistemas de *civil law*, e únicas sociedades a que é reconhecida a personalidade jurídica.³³ Por essa última razão, toma-se o vocábulo *corporation* como sinônimo de companhia, ainda que o seu sentido seja mais amplo³⁴, “adequado a designar um conceito técnico-jurídico que encontra aplicação em todo campo da pessoa jurídica.”³⁵

2.10 Para concluir essas considerações de direito comparado, oportuno invocar algumas conclusões alcançadas por autores anteriormente citados. Além de reveladoras de tendências atuais, constituem elas valiosos subsídios para o entendimento da evolução doutrinária e jurisprudencial a respeito da matéria.

2.11 A primeira delas, no sentido de que os ordenamentos examinados conhecem a fundamental diferença entre sociedades de pessoas e sociedades de capitais, com a mais ou menos intensa responsabilidade de todos ou de parte dos sócios na primeira hipótese, e a responsabilidade limitada de todos os sócios na segunda, com a exceção, conhecida pelos ordenamentos de *civil law*, da sociedade em comandita por ações³⁶.

2.12 Dentre as sociedades de capitais, o modelo acionário ou anônimo é muito mais rígido do que aquele da sociedade de responsabilidade limitada e, como tal, mais oneroso e menos atraente.³⁷

³² No tocante às sociedades por ações, cabe distinguir entre *Public Companies*, ou sociedades com ações difundidas e cotadas nos mercados institucionais, e *Closed Corporations*, ou sociedades com base acionária restrita, em cujo estatuto estão presentes instrumentos para a permanência de tal situação. (CONTE, Mattia e MACCABRUNI, Franco F., op. cit., p. 977, nota 150). MATTEO TONELLO distingue entre *publicly held (ou publicly traded) corporations* e *closely held corporations*, sendo as primeiras sociedades de capitais de grandes dimensões e elevado número de acionistas. (op. cit., p. 90-91)

³³ Segundo MANUEL VARGAS, os principais tipos de sociedade no direito anglo-americano são os seguintes: a) a *partnership* ou sociedade coletiva; b) a *limited partnership* ou sociedade em comandita; c) a *partnership association* ou *limited partnership association*, sociedade de pessoas assimilável, em certo sentido, à sociedade de responsabilidade limitada; d) a *joint stock company*; e) o *massachusetts trust* ou *business trust*; f) a *corporation* ou *company*, que corresponde à sociedade anônima. Dessas, apenas a última é pessoa jurídica. (VARGAS, Manuel. **La sociedad anónima en el derecho angloamericano**. Santiago: Ed. Jurídica de Chile, 1964, p. 29-36)

³⁴ CRISTIANO, Romano, op. cit., p. 48-49.

³⁵ LUCCHESI, Franco Voltagio. *Corporazione. Diritto Civile*. In: ENCICLOPEIA Del Diritto. Milão: Giuffrè, 1962, v. X, p. 676. (traduzido)

³⁶ CONTE, Mattia e MACCABAUNI, Franco F., op. cit., p. 947.

³⁷ *Ibidem*, p. 976. Esclarecem os mesmos autores que essa afirmação é verdadeira sobretudo em relação à situação alemã, dado que na Itália e na França inexistem uma norma como a do § 23, 5, da Akt.G., segundo a qual são cogentes todas as disposições não expressamente indicadas como derogáveis (*ibidem*), sendo a forma da “AG” pensada para as sociedades “abertas” (ainda que potencialmente) ao investimento público. (*ibidem*, p. 961)

2.13 O direito das sociedades de capitais, tradicionalmente transnacional, é o mais intensamente regulado pelas diretrizes comunitárias, as quais já vêm sendo observadas nos países da União Européia, ocasionando uma substancial homogeneidade de regras.³⁸ Assim, por exemplo, Itália, França, Inglaterra e Espanha acolheram as sociedades unipessoais de responsabilidade limitada, tendo a França se antecipado à diretiva de 1989 ao admitir a *société a responsabilité limitée unipersonnelle* desde 1985.³⁹

2.14 Por fim, cabe desde já ter presente a observação de MATTEO TONELLO, de que a estrutura jurídica da sociedade de pessoas não muda, nos diversos países, em virtude da obtenção da personalidade jurídica. Também na França, dessa última não decorre, para a sociedade em nome coletivo, o benefício da responsabilidade limitada.⁴⁰ Pelo que, aduz GALGANO, inútil imputar as diferenças existentes entre os diversos tipos de sociedade ao lado extrínseco da presença ou da ausência da personalidade jurídica, sendo aquelas, ao invés, ligadas somente às características intrínsecas de cada tipo.⁴¹ Confortam esses juristas o seu entendimento observando, de acordo com o sistema italiano, que a condição jurídica das sociedades de pessoas, qual resulta da disciplina das diversas espécies, não se mostra sempre coerente com a idéia de que essas sociedades, enquanto privadas de personalidade jurídica, se decompõem na pluralidade de seus sócios. Nem, de outra parte, a contraposta categoria das sociedades de capitais é sempre regulada de modo a tornar a sociedade terceiro relativamente aos sócios. Exemplificam com os sócios comanditados, ilimitadamente responsáveis na sociedade em comandita por ações, e com os casos em que, ocorrendo determinadas condições, também o sócio de sociedade por ações pode ser chamado a responder pessoalmente pelas obrigações sociais. Lembra, ademais, TONELLO que a condição jurídica do patrimônio social, assim como a disciplina da capacidade da sociedade ser parte em juízo (capacidade processual), não variam em função da atribuição da personalidade jurídica.⁴²

³⁸ Ibidem, p. 952.

³⁹ ROBERTO WEIGMANN informa que graças à reforma de 1980, também a então República Federal Alemã facultou ao empresário individual limitar sua responsabilidade mediante a constituição, isoladamente, de uma *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (op. cit., p. 200).

⁴⁰ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 44, nota 78. A mesma conclusão é aplicável ao sistema brasileiro: Código Civil de 1916, art. 16, II; Código Comercial, art. 316; novo Código, arts. 44, II; 1039.

⁴¹ Apud TONELLO, Matteo, op. cit., p. 44, nota 78. Todavia, segundo MASSIMO BASILE e ANGELO FALZEA, as diferenças de disciplina a que se alude respeitam a aspectos que não comprometem diretamente a subjetividade das pessoas jurídicas. Ainda que impeçam construir um conceito unitário com traços rigidamente uniformes, não excluem a possibilidade de conduzir todas as pessoas jurídicas à categoria geral de sujeito de direito. (BASILE, Massimo e FALZEA, Angelo. Persona giuridica – diritto privato. In: ENCICLOPEDIA del Diritto. Milão: Giuffrè, 1983, v. XXXIII, p. 274)

⁴² GALGANO, Francesco. **Tratatto de diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia**, op. cit., p. 105/106; TONELLO, Matteo, op. cit., p. 41 a 44. Nada obstante o sistema brasileiro atribua personalidade jurídica às sociedades em geral, disso não decorre uma disciplina uniforme a respeito da responsabilidade dos sócios em todos os tipos sociais, o que revela que as diferenças existentes ligam-se antes à estrutura legal de cada tipo. Outrossim, também em nosso país a capacidade de ser parte em juízo não constitui exclusividade das pessoas físicas e jurídicas, correspondendo igualmente às denominadas "pessoas formais", isto é, "certas massas patrimoniais necessárias que, embora não gozem de personalidade jurídica, são admitidas a figurar em relações processuais como parte ativa ou passiva." (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I, n. 70) Entre as "pessoas formais" incluem-se as sociedades sem personalidade jurídica – CPC, art. 12, VII.

3 Estrutura do conceito de pessoa jurídica⁴³

3.1 Consoante já salientado, “na linguagem dos juristas, a idéia de limitação da responsabilidade do sócio é tradicionalmente acompanhada do conceito de pessoa jurídica”,⁴⁴ a qual, no dizer de FÁBIO KONDER COMPARATO, “nada mais é, afinal, do que uma técnica de separação patrimonial.”⁴⁵ Assim, as questões decorrentes do abuso de responsabilidade limitada e, mais amplamente, da personalidade jurídica, impõem que se destaquem concepções fundamentais sobre a natureza da pessoa jurídica, ainda que se admita que personalidade jurídica e limitação da responsabilidade possam ser consideradas como figuras conceitualmente separáveis e autônomas, além de ter a última preexistido à concepção da pessoa jurídica.⁴⁶

3.2 As soluções variam sobretudo quando se trata de fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica, cuja possibilidade chega a ser contestada. Enquanto juristas como FRANCESCO GALGANO sustentam a necessidade, para aquele efeito, da revisão do conceito de pessoa jurídica,⁴⁷ PONTES DE MIRANDA manifesta veemente censura à teoria da desconsideração.⁴⁸

3.3 Ao iniciar o desenvolvimento do tema deste item, ocorrem imediatamente três autores, cujas lições claras e completas integram obras de maior abrangência: FÁBIO KONDER COMPARATO,⁴⁹ no Brasil; FRANCESCO GALGANO⁵⁰ e MATTEO TONELLO,⁵¹ na Itália. A qualidade dos seus estudos, que poderão ser consultados para aprofundar a matéria, permite, aqui, uma abordagem, com base neles, limitada a alguns tópicos indispensáveis. Tal orientação é sugerida por IGNACIO WINISKY, ao justificar a utilização de obra de Giuseppe Gualtieri para, complementada e adaptada, compor um manual sobre os aspectos gerais e básicos dos títulos de crédito: “Não escrever novamente o já escrito, não repetir inutilmente nem se repetir sem avançar, mais do que desejo ou propósito constitui um imperativo, implica viver mais um pouco.”⁵²

⁴³ MASSIMO BASILE e ANGELO FALZEA destacam que as contribuições de Galgano se fundamentam em que, no conceito de pessoa jurídica, é necessário distinguir a “estrutura lógica” do “conteúdo normativo”. A análise da primeira incumbiria à teoria geral, e a da última constituiria encargo da interpretação do direito (op. cit., p. 252).

⁴⁴ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 1. (traduzido)

⁴⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder do controle na sociedade anônima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 333 e 338.

⁴⁶ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 2.

⁴⁷ GALGANO, Francesco. **Tratato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia**, op. cit., p. 123 e ss.

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, tomo L, § 5323, n. 6, p. 303.

⁴⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**, op. cit., Parte II, Cap. I, especialmente n. 99 a 105, p. 247 a 264.

⁵⁰ GALGANO, Francesco. **Tratato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia**, op. cit., cap. 4, p. 106 a 130; Idem. **Il diritto privato fra codice e costituzione**, op. cit., cap. 5, n. 51 a 53, p. 85 a 102; Idem. **Las instituciones de la economia capitalista**. Valencia: Fernando Torres, 1980, p. 96 a 100.

⁵¹ TONELLO, Matteo. **L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali**, op. cit., especialmente Cap. I, p. 1 a 59.

⁵² GUALTIERI, Giuseppe e WINISKY, Ignacio. **Títulos circulatorios**. Buenos Aires: EUDEBA, 1966. Prólogo da 1. ed., p. 9. (traduzido)

3.4 Como observa GALGANO:

[...] o conceito de pessoa jurídica é de origem relativamente recente: a sua primeira formulação remonta à primeira metade do século passado;⁵³ a sua mais completa elaboração e o seu ingresso na linguagem legislativa⁵⁴ são da segunda metade do século. Na época anterior, não se conheciam outros sujeitos de direitos e de deveres que não fossem os seres humanos: distinguia-se somente entre direitos e deveres pertinentes aos indivíduos enquanto indivíduos (*res communia pluribus uti singuli*) e direitos e deveres pertinentes aos indivíduos enquanto membros de um grupo organizado (*res communia pluribus uti universi*); e se constatava como os direitos e deveres do indivíduo podiam, nesse segundo caso, ser regulados de maneira diversa.⁵⁵

3.5 Conquanto já no mundo antigo e no medieval existissem situações jurídicas vinculadas antes a grupos de homens do que a um só homem:

Faltava, todavia, a sua qualificação como categoria conceitual unitária no interior de um 'direito de direitos subjetivos': num mundo jurídico objetivamente ordenado, aquelas situações tinham a mesma fonte de todas as outras, isto é, o direito objetivo, um conjunto de normas jurídicas. É o seu centro subjetivo de referência, a corporação, era concebido concretamente como coletividade de homens e não como entidade distinta dos homens.⁵⁶

3.6 Mas, no século XIV, foram lançadas, por obra dos canonistas, as bases da renovação do pensamento jurídico, o que prosseguiu no século XVII no contexto mais amplo da obra de sistematização conceitual dos jusnaturalistas, e se desenvolveu plenamente com a pandectística alemã do século XIX. Objetivo primeiro da ciência jurídica tornou-se o de deslocar o eixo em torno do qual até então todo o sistema jurídico havia girado, movendo-o da norma objetiva à nova figura do *subjectum juris*. O elemento condutor dessa renovação cultural foi identificado no poder inextinguível da vontade individual. A vontade do indivíduo se tornou dogma, e com ela aquele conjunto de direitos subjetivos naturais – emanação direta da liberdade natural do indivíduo – que se consideraram não separáveis do homem, nem mesmo pelo legislador, porque intimamente conaturais a sua essência. No século XIX, o sujeito de direito já nasce titular de direitos invioláveis da pessoa, preexistentes ao próprio direito objetivo.⁵⁷ Consoante esclarece COMPARATO, a pandectística alemã, que levou ao extremo a

⁵³ Século XIX.

⁵⁴ Segundo TONELLO, o conceito de pessoa jurídica foi acolhido no Código Civil austríaco de 1811. (op. cit., p. 18)

⁵⁵ GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 107. (traduzido)

⁵⁶ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 12 - 13. (traduzido)

⁵⁷ *Ibidem*, p. 10 - 11.

sistemática jurídica do tipo hierárquico, comparável, geometricamente, a uma pirâmide, colocou no seu cume, como conceito fundamental, o de direito subjetivo.⁵⁸

3.7 Os juristas da pandectística, sob o influxo do novo modo de pensar o direito⁵⁹ e do culto da sistemática, tiveram de providenciar, nesse sistema jurídico subjetivado, a colocação das situações jurídicas diretamente relacionadas não ao homem individualmente, mas a uma pluralidade de homens. O problema das pessoas jurídicas foi, portanto, o da sua natureza, do substrato subjetivo ao qual essas situações jurídicas objetivas podem ser ligadas. Inauguram-se, destarte, as duas grandes Escolas do século XIX.⁶⁰

3.8 Elucidativo a respeito da diversidade de concepções apresenta-se o comportamento do legislador. O anterior Código Civil italiano, elaborado na metade do século XIX, falava de “pessoas” com relação aos “corpos morais legalmente reconhecidos”, dispondo que esses “são considerados como pessoas” (art. 2^o). Da noção de pessoa, empregada na sua acepção substancial, coincidente com o significado de homem, a norma se valia como um conceito de relação, e não como um conceito de gênero: conferia aos “corpos morais legalmente reconhecidos” uma consideração jurídica correspondente à dos seres humanos; era norma que adotava o pressuposto de que só os seres humanos eram propriamente pessoas. O mesmo pressuposto de que partiu a primeira das teorias, denominada “teoria da ficção”.⁶¹

3.9 O fenômeno da disciplina, à semelhança dos seres humanos, de entidades não humanas, apresentou-se aos olhos de SAVIGNY⁶² em termos de um contraste entre os dados da experiência e os postulados acolhidos pelo legislador: pessoa ou sujeito é, segundo os dados da experiência, somente o homem. Todavia, o legislador formula os seus preceitos como se existissem outras pessoas além dos homens. SAVIGNY considera, então, estar em presença de uma *ficção jurídica*. O legislador simula, para satisfazer exigências próprias do comércio jurídico, que entidades diversas do homem tenham, de par com este, o atributo de pessoa. Para “tais sujeitos criados artificialmente”, o jurista sugere o nome, depois tornado de uso comum, de pessoa jurídica: “jurídica” porque “pessoa admitida somente em razão de um fim jurídico”; e, contudo, “pessoa” enquanto “novo sujeito de relações jurídicas além do homem individualmente considerado”.⁶³

⁵⁸ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 248. Ainda conforme o mesmo autor, nos sistemas de tipo hierárquico, cada elemento é, a um tempo, subordinante e subordinado, ordenando-se todos eles, verticalmente, segundo os critérios da maior ou menor abstração e generalidade. O conceito fundamental, que não se encontra na base e sim no cume, é o mais geral de todos, mas, por isso mesmo, o mais abstrato (ibidem).

⁵⁹ Observa MATTEO TONELLO que, se se pudesse eliminar as conseqüências dessa mudança fundamental da nossa história do direito, hoje talvez não sealaria, por imagens metafóricas, de superação do “escudo” da personalidade jurídica, e a repressão das formas abusivas da responsabilidade limitada nas sociedades de capitais residiria, mais simples e serenamente, numa operação judicial de escolha das normas jurídicas aplicáveis (op. cit., p. 11).

⁶⁰ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 17-18.

⁶¹ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*, op. cit., p. 85-86.

⁶² “No ‘Sistema de direito romano atual’ (1840), Friedrich Carl von Savigny (1781-1854) não se coloca na perspectiva de negar a existência da pessoa jurídica, mas na de compreender porque o direito regula, à semelhança do homem, também entidades não humanas. Na conclusão da sua análise, o ilustre jurista alemão mantém separados e distintos dois aspectos do fenômeno: os dados da experiência real e os normativos.” (TONELLO, Matteo, op. cit., p. 19 - traduzido)

⁶³ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*, op. cit., p. 85-86.

3.10 As doutrinas expressas em termos de *fictiones juris* acabaram superadas por outras, as quais elaboraram, na segunda metade do século XIX, uma nova ordem conceitual, em cujo âmbito se apresenta como realidade o que era, anteriormente, considerado uma ficção. OTTO VON GIERKE (1841-1921), indubitavelmente o principal e mais autorizado expoente da nova corrente de pensamento, à semelhança de Savigny, também observa o mundo social, mas nele recolhe uma realidade mais rica de protagonistas. Constata que a pessoa física, que tem a existência corpórea de um homem, na maioria das vezes não age só, mas inserida, por sua própria vontade ou sob o impulso de exigências contingentes, em agregados e grupos sociais que se propõem a alcançar fins mais gerais, mais amplos, mais duradouros. Existem, pois, efetivamente, na realidade social, ao lado das pessoas físicas, sendo reconhecidos pelo direito, outros sujeitos jurídicos, que constituem, também, organismos naturais dotados, como o homem, de vontade e interesse próprios, distintos daqueles das pessoas físicas dos membros. Essa concepção da pessoa jurídica foi caracterizada como orgânica ou realista, e posteriormente, sob um enfoque crítico, como antropomórfica.⁶⁴

3.11 Para a teoria da ficção, o reconhecimento estatal tinha efeito constitutivo da personalidade jurídica (sem aquele reconhecimento as pessoas jurídicas não ingressavam no direito, porque existiriam, como tal, somente enquanto “criadas” pelo Estado), ao passo que para a teoria da realidade o referido reconhecimento teria mero efeito declaratório, porquanto o Estado se limitava a reconhecer a existência, já na realidade pré-jurídica, dessas “existentes unidades sociais”. Em conclusão, para a nova doutrina alemã, o legislador, ao disciplinar a pessoa jurídica, nada inventava, limitando-se a constatar a existência de “organismos naturais” diversos do homem (portanto, de um fenômeno real), acrescentando-lhes somente o prisma formal do reconhecimento jurídico. A sua intervenção não seria criativa, mas confirmativa; uma intervenção pela qual seria elevado a sujeito de direito um ente existente e com substrato real. Mas, destaca TONELLO, embora essas teorias sejam geralmente apresentadas como dois modos contrapostos de compreender o fenômeno dos entes coletivos, na verdade possuem um traço comum: a mesma matriz e inspiração individualista, que mais as aproxima do que as diferencia a contraposição ficção-realidade.⁶⁵

3.12 Diferentemente do anterior Código (item 3.8, supra), o vigente Código Italiano inspira-se na concepção da existência de outros sujeitos de direito além dos seres humanos. Em sua linguagem, pessoa é o gênero, o centro de imputação das relações jurídicas, de que são espécies a pessoa física e a pessoa jurídica. Aquela se distingue desta pelo só fato de ter, qual substrato natural, o homem.⁶⁶

⁶⁴ Ibidem, p. 86-88.

⁶⁵ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 27 a 29. A respeito das acepções em que é utilizado o termo “individualista” com relação à matéria, ver itens 3.6 e 3.7, supra, e nota 184, infra.

⁶⁶ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*, op. cit., p. 85.

3.13 Também o Código Civil brasileiro de 1916 divide as pessoas (gênero) em pessoas naturais (espécie) e pessoas jurídicas (espécie).⁶⁷ O novo Código manteve, em essência, a mesma orientação. Ensina PONTES DE MIRANDA que “a concepção de que a lei alemã e a brasileira partiram foi a concepção germânica, nas suas últimas formulações científicas.”⁶⁸ Segundo o mesmo jurista, a pessoa jurídica é tão oriunda do fático quanto a pessoa física. Deve-se à teoria orgânica, no que dela ficou, ter apontado o que há de comum e o que há de diferencial entre o ente que está por trás da personalidade física, como conceito jurídico, e o ente que há na personalidade jurídica: a pessoa jurídica é tão real quanto a pessoa física. Essa conclusão é alcançada a partir das seguintes considerações:

Nem sempre todos os homens foram sujeitos de direito, nem só eles o foram e são. A discussão sobre serem reais, ou não, as pessoas jurídicas é em torno de falsa questão: realidade, em tal sentido, é conceito do mundo fático; pessoa jurídica é conceito do mundo jurídico. O que importa é assentar-se que o direito não as cria *ex nihilo*; traz, para as criar, algo do mundo fático.⁶⁹

3.14 A doutrina exposta por PONTES DE MIRANDA confirma a observação de que a teoria orgânica foi objeto de desenvolvimentos e reelaborações, que lhe favoreceram a difusão, além de um rápido e clamoroso sucesso, inclusive fora da Alemanha.⁷⁰ Outrossim, justifica a sobrevivência da noção de pessoa jurídica ao repúdio da visão antropomórfica do grupo organizado, questão a ser examinada. É essa sobrevivência, numa concepção ainda prevalente, se deve a uma nova e mais racional forma de antropomorfismo: a pessoa jurídica tem em comum com o homem a qualidade de sujeito; mas ela não é, como o homem, um sujeito que opere no mundo da realidade natural. Ela é sujeito num mundo puramente formal, em que nem o homem, enquanto tal, tem cidadania. Essa doutrina afirma o caráter “artificial”, de pura criação do ordenamento jurídico, da própria personalidade jurídica do homem. Enfim: a personalidade jurídica é um produto do ordenamento jurídico, não havendo, assim, qualquer obstáculo a que esse possa atribuir a subjetividade jurídica também a entes não humanos, a figuras do intelecto, a entidades ideais. Tal modo diverso de conceber as pessoas jurídicas, como protagonistas de um mundo completamente independente do mundo da realidade natural, explica por que a superação do antropomorfismo gierkiano não impediu a doutrina contemporânea de conceber outros sujeitos de direito além das pessoas físicas.⁷¹

⁶⁷ O Título I do Livro I da Parte Geral, cuja rubrica é justamente “Da Divisão das Pessoas”, compreende dois capítulos: I – Das Pessoas Naturais; II – Das Pessoas Jurídicas.

⁶⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. I. § 75, n. 1, p. 282-283.

⁶⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965. tomo I, § 5323, n. 6, p. 280.

⁷⁰ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 29.

⁷¹ GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra codice e costituzione**, op. cit., p. 89-90.

4 Função ideológica do conceito de pessoa jurídica

4.1 Ao examinar a origem das sociedades por ações, observa GALGANO que nas companhias coloniais aparecem, pela primeira vez, as características próprias desse tipo de sociedade: a limitação da responsabilidade dos sócios e a divisão do capital social em ações. Conquanto a primeira dessas características já existisse nas sociedades em comandita, ela se estendia apenas aos sócios comanditários, excluídos da administração da sociedade. O benefício da limitação da responsabilidade era vedado, na época proto-capitalista, à classe mercantil. Fosse comerciante individual, sócio em nome coletivo ou sócio comanditado, o comerciante ficava inevitavelmente exposto à responsabilidade ilimitada. O fato novo que se verifica com a sociedade por ações é o advento de um tipo de sociedade em que todos os sócios, e não só uma parte desses, assumem responsabilidade limitada; é a obtenção do benefício da responsabilidade limitada por parte da própria classe mercantil. Tal fenômeno se apresenta, durante os séculos XVII e XVIII, como excepcional. Contrariamente ao que ocorrera na Idade Média, quando a derrogação do direito comum era para agravar a responsabilidade dos sócios na *societas mercatorum*, a nova classe mercantil reclama privilégios.⁷²

4.2 O benefício da responsabilidade limitada não foi, pois, introduzido pela elaboração do conceito de pessoa jurídica. É anterior a ele, tanto com relação às sociedades anônimas, como a outras figuras associativas existentes na época romana e na intermídia. Assim, a concepção de uma sociedade como pessoa jurídica não constitui o fundamento da limitação da responsabilidade, mas sua justificação teórica dada a *posteriori*. Trata-se, certamente, de uma grandiosa construção conceitual: graças ao conceito de pessoa jurídica, a responsabilidade limitada do acionista pôde não mais ser considerada, como o foi um tempo, um benefício em sentido próprio, ou seja, um privilégio, uma exceção ao princípio geral da ilimitada responsabilidade patrimonial. Transforma-se, ela própria, em aplicação do princípio geral: possibilita argumentar que, em uma sociedade por ações, o sócio não responde pelas obrigações sociais com o seu patrimônio pela natural razão de se tratar de obrigação alheia, isto é, pela mesma razão que o cidadão “A” não responde pelas obrigações do cidadão “B”.⁷³

4.3 Foi, portanto, segundo GALGANO, o conceito de pessoa jurídica utilizado como expediente ideal para a realização de um projeto ideológico mais amplo em favor da classe então dominante: o projeto de ocultação das posições de poder conquistadas através da divulgação dos ideais de fraternidade e de igualdade. A burguesia havia pregado, antes da conquista do poder, a igualdade entre todos os cidadãos. Uma vez no poder, não podia se contradizer; devia elaborar doutrinas capazes de ocultar privilégios

⁷² GALGANO, Francesco. *Storia del diritto commerciale*. Bologna: Il Mulino, 1976, p. 62-65.

⁷³ GALGANO, Francesco. *Tratatto de diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 105-106. O Autor alude ao princípio da responsabilidade patrimonial sancionado pelo art. 2740 do Codice Civile, análogo ao art. 591 do CPC brasileiro.

que se reservava, que permitissem reconduzir ao princípio da igualdade. A pessoa jurídica é, sem dúvida, uma dessas doutrinas.⁷⁴

4.3.1 Ainda consoante GALGANO, a personificação da sociedade como ente distinto dos sócios teve o escopo de gerar a convicção de que na sociedade por ações estavam em jogo interesses sobre-humanos, transcendentemente aos interesses dos sócios. A classe empresarial se resguardou atrás do escudo da “sociedade-pessoa jurídica”: ela se colocou na condição de poder pedir à minoria acionária toda sorte de sacrifícios, não já no seu próprio interesse, mas para realizar um interesse superior, não atribuível a alguma pessoa física em particular, mas exclusivamente à sociedade como pessoa jurídica distinta das pessoas físicas dos sócios.⁷⁵

4.3.2 Todavia, para MASSIMO BASILE e ANGELO FALZEA parece legítimo dizer que a pessoa jurídica não é uma espécie de invenção da mente dos juristas, talvez desejosos de esconder ou legitimar privilégios, aspirações ou interesses inomináveis, mas constitui um instrumento (bem ou mal construído) para representar certos fenômenos reais considerados pelo Direito como sujeitos. Se o tipo de disciplina nos vários ordenamentos é adequado, ou seja, responde aos diversos interesses em jogo, e se em sua aplicação os operadores jurídicos dele fazem bom uso, são temas de outro gênero.⁷⁶

4.4 Mesmo que se admita que o conceito de pessoa jurídica desempenha uma função antes ideológica,⁷⁷ seu uso, conforme adverte GALGANO, é insubstituível na moderna linguagem jurídica, não se podendo deixar de falar de propriedade da sociedade, de débito ou de crédito da sociedade, de contratos por essa estipulados, de fatos ilícitos por ela cometidos, e assim por diante. Mas, completa o jurista, é necessário ter consciência de que a subjetividade jurídica das organizações coletivas não é da mesma natureza da do homem, e que toda proposição formulada com referência a pessoas jurídicas é traduzível numa proposição formulada com referência às pessoas físicas que as compõem ou que agem em seu nome.⁷⁸ É o que também destaca ASCARELLI, ao observar que:

[...] cumpre não esquecer que, atrás da sociedade, há os sócios; que a personalidade da sociedade e o patrimônio separado constituem afinal meios técnicos

⁷⁴ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*, op.cit., p. 100-101. Na mesma linha, MATTEO TONELLO (op. cit. p. 193), que aponta, também, ao lado da doutrina da pessoa jurídica, a do negócio jurídico (idem, nota 41).

⁷⁵ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*, op. cit., p. 101-102. Aduz o mesmo jurista que o conceito de pessoa jurídica também permite conceber em termos radicalmente novos as relações internas à sociedade política: a soberania cessa de ser concebida, como no passado, qual atributo de uma pessoa ou de uma classe, para se tornar atributo de um ente abstrato, do Estado como pessoa jurídica. Tal concepção se torna um importante instrumento de poder: a classe dominante põe-se na condição de poder pedir tudo, porquanto nada pede para si (ibidem).

⁷⁶ BASILE, Massimo e FALZEA, Angelo. *Persona giuridica – diritto privato*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1983. v. XXXIII, p. 268, nota 203.

⁷⁷ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*, op. cit., p. 101-102.; TONELLO, Matteo, op. cit., p. 194.

⁷⁸ GALGANO, Francesco. *Tratato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 108-109.

para disciplinar o exercício do comércio por parte dos sócios com responsabilidade limitada e com um resultado que equívale ao que decorreria de um privilégio dos credores sociais quanto aos bens destinados ao exercício do comércio em comum, não podendo entretanto atingir os bens que permanecem alheios a esse exercício.⁷⁹

4.5 Não se pode olvidar, neste passo, que a função econômica e social da sociedade anônima, decorrente do fato de constituir um instrumento jurídico para recolher economias em vastas camadas da população, prende-se à existência de um mercado de capitais. O desenvolvimento deste pressupõe, de sua vez, a circulação das ações, possível apenas quando o acionista seja limitadamente responsável.⁸⁰ Essa constatação esteve presente às cortes judiciárias norte-americanas desde a primeira metade do século XIX, que viram na *limited liability* uma extraordinária garantia de igualdade dos cidadãos nas oportunidades de acesso à riqueza.⁸¹ Mais recentemente, o esforço dos juristas seguidores da análise econômica do direito (*Law and Economics Movement*), tendo como parâmetro os mecanismos e regras do moderno mercado de capitais, tem sido no sentido de demonstrar que o princípio da responsabilidade limitada, em matéria societária, é mais “eficiente” – e, portanto, conveniente e oportuno, numa ótica de política do direito – do que a regra oposta da responsabilidade patrimonial.⁸² Fundamentam seu entendimento em que aquele princípio, de um lado, encoraja os investidores a assumir o risco da empresa, ou a investir capitais em novas atividades produtoras de riqueza; de outro, protege o investidor acionista da dificuldade ligada à possibilidade de efetuar um correto e contínuo controle sobre a ação dos administradores. Em outras palavras: se existisse um regime de responsabilidade ilimitada, os sócios, a fim de reduzir o risco de incorrer em responsabilidade pessoal, estariam tecnicamente obrigados a um controle atento e escrupuloso da gestão, suportando, pois, custos elevados. Outrossim, considera-se que a responsabilidade limitada reduz os custos relativos ao controle dos outros sócios, enquanto torna irrelevantes a sua identidade e a sua fortuna pessoal. Todavia, o princípio da responsabilidade limitada determina uma certa exteriorização dos custos da atividade da empresa, dos sócios aos credores sociais, os quais contam somente com o patrimônio social.⁸³ É necessário, portanto, evitar que tal regra favoreça uma situação de abuso do escudo societário por parte dos sócios, ou de alguns deles, em prejuízo dos credores sociais. Em outros termos, não se pode permitir que uma rígida e apriorística aplicação do princípio,

⁷⁹ ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. São Paulo: Saraiva, 1947, p. 151.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 143-145.

⁸¹ TONELLO, Matteo, *op. cit.*, p. 82.

⁸² TONELLO, Matteo, *op. cit.*, p. 150-151. Esclarece TONELLO que a atenção desses juristas se concentra sobre a relação custos/benefícios econômicos da não-aplicação da responsabilidade limitada (*Ibidem*).

⁸³ Enfatiza FÁBIO ULHOA COELHO que a limitação das perdas é fator essencial para a disciplina da atividade econômica capitalista: o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, observado em relação às sociedades empresárias, “socializa” as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos (*op. cit.*, v. 2, p. 38)

em exame, produza resultados iníquos em termos de justiça substancial e, por conseguinte, inaceitáveis. Deve-se, assim, valorar caso a caso a oportunidade de privilegiar o interesse dos sócios (que aspiram a um rigoroso isolamento dos débitos da sociedade), ou aquele dos credores (que, contrariamente, desejam remontar a quem está atrás da fachada da sociedade). Um tal sopeso dos interesses em jogo é possível uma vez constatado que o princípio da responsabilidade limitada não tem valor absoluto.⁸⁴

4.6 Em suma, como conclui PAOLA MANES em seu estudo sobre a teoria do *lifting the veil of incorporation* na Inglaterra:

É inegável que num sistema capitalista o princípio da responsabilidade limitada oferece uma série de vantagens irrenunciáveis, sobretudo reduzindo os custos da separação entre propriedade e controle, ou eliminando a necessidade de controlar a gestão e os outros acionistas.⁸⁵

Ademais, ainda segundo a mesma autora:

[...] somente partindo da afirmação da validade geral da *limited liability doctrine* é possível encarar o *lifting the veil* como seu corolário, ou seja, como resposta do ordenamento às exigências de justiça substancial que uma interpretação rígida e estática de tal princípio reprime e que, pelo contrário, também o direito societário deve procurar realizar.⁸⁶

5 Limitação da responsabilidade do empresário individual

5.1 Ao arrolar os efeitos da personalidade jurídica, ensina RUBENS REQUIÃO: “A sociedade com personalidade adquire ampla autonomia patrimonial. O patrimônio é seu, e esse ‘patrimônio’, seja qual for o tipo de sociedade, responde ilimitadamente por seu passivo.”⁸⁷ Nada obstante, como observa MATTEO TONELLO, a estrutura

⁸⁴ PORTALE, Giuseppe B., op. cit., p. 171.

⁸⁵ MANES, Paola. La teoría del *lifting the veil of incorporation* in Inglaterra. *Contratto e impresa*, Padova, v.15, n.2, p. 828, mag./ago. 1999. (traduzido)

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1, n. 220, p. 287. A esse respeito, adverte JOAQUÍN GARRIGUES que, quando falamos de responsabilidade limitada, pensamos nos acionistas, não na sociedade. Dizer que a sociedade anônima é de responsabilidade limitada induz, talvez, a um equívoco que convém desfazer. A sociedade anônima não responde limitadamente por suas dívidas; responde ilimitadamente com todos os seus bens presentes e futuros. São os sócios que respondem limitadamente com a contribuição trazida à sociedade. Caberia, assim, falar de incomunicação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios, sendo, em suma, responsabilidade limitada igual à “incomunicação de responsabilidade”. (**Problemas Atuais das Sociedades Anônimas**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1982, p. 41.) Essa separação patrimonial comporta graus, ela não é idêntica e uniforme em todos os casos. Mais acusada nas sociedades anônimas, em que o acionista não responde pelos débitos sociais, apresenta-se, ao contrário, mais atenuada naqueles tipos societários em que uma categoria de sócios, ou todos eles, respondem pelas dívidas da sociedade. (COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 271.) A Lei 6.404/76, ao apontar as características da sociedade anônima, dispõe, na Segunda parte do art. 1º, que a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.” E o art. 2º do Dec. 3.708/19 determina que o título constitutivo das sociedades por quotas de responsabilidade limitada deve “estipular ser limitada a responsabilidade dos sócios à importância do capital social.” Tal orientação foi, em substância, mantida pelo novo Código Civil – arts. 1052 e 1088. COMPARATO denuncia a ambigüidade da fórmula tradicional, adotada pelo art. 1º da Lei 6.404, por ser a responsabilidade, a que se refere o mesmo dispositivo, por débito próprio e não por dívida da sociedade, como ocorre nas sociedades de pessoas. (ibidem, nota 54).

jurídica da sociedade de pessoas não muda, nos diversos países, em virtude da obtenção da personalidade jurídica, o que levou GALGANO a considerar inútil imputar as diferenças existentes entre os diversos tipos de sociedade ao lado extrínseco da presença ou ausência de personalidade jurídica, sendo aquelas, ao invés, ligadas às características intrínsecas de cada tipo (item 2.14, supra).

5.2 Aos exemplos invocados por esses juristas em apoio de suas afirmações, poder-se-ia com proveito ajuntar o das sociedades de pessoas reguladas pelo Código Comercial brasileiro de 1850. Como se viu (item 2.1, supra), anteriormente ao Código Civil de 1916 não havia acordo entre nossos juristas em relação à personificação tanto das sociedades civis quanto das comerciais. Porém, já previa o Código de 1850 a limitação da responsabilidade dos sócios comanditários (art. 313), bem como dispunha, no art. 350, sobre a responsabilidade subsidiária dos sócios. Tais regras não sofreram alteração em virtude do exposto reconhecimento da personalidade jurídica das sociedades comerciais (Cód. Civil de 1916, art. 16, II).

5.2.1 Ainda em abono do entendimento mencionado no item anterior, invocável o art. 1023 do novo Código Civil, que, praticamente, repetiu o art. 1396 do Código de 1916. Inserido no capítulo pertinente à sociedade simples e, pois, personificada, o referido dispositivo estabelece que “se os bens da sociedade não lhe cobrirem as dívidas, respondem os sócios pelo saldo, na proporção em que participem das perdas sociais, salvo cláusula de responsabilidade solidária.” Outrossim, o art. 1039, relativo à sociedade em nome coletivo, contemplada entre as sociedades personificadas, corresponde basicamente ao art. 990, que regula a responsabilidade dos sócios da sociedade em comum, não personificada, dispondo ambos no mesmo sentido da responsabilidade solidária e ilimitada dos sócios pelas obrigações sociais.

5.3 Como quer que seja, foi anteriormente lembrado, citando TONELLO e COMPARATO, que, na linguagem dos juristas, a idéia de limitação da responsabilidade do sócio é tradicionalmente acompanhada do conceito de pessoa jurídica (item 3.1, supra). Ainda que o benefício da responsabilidade limitada não tenha sido introduzido pela elaboração do conceito de pessoa jurídica, que é posterior àquele (item 4.2, supra), o uso desse último é insubstituível na moderna linguagem jurídica (item 4.4, supra).

5.4 De outra parte, apontou-se a importância da limitação da responsabilidade (item 4.5, supra), a qual, no dizer de ASCARELLI, citado por COMPARATO, “é fator de progresso econômico, pois, permitindo um maior afluxo de capitais para as atividades produtivas, contribui para uma redução de custos e preços.”⁸⁸ TONELLO refere que, nos Estados Unidos, à defesa do regime da responsabilidade ilimitada, fundada na convicção de que este, por representar uma garantia fundamental aos credores da sociedade, constituía-se em mecanismo essencial para movimentar a economia, seguiu-se a tendência oposta de considerar o princípio da responsabilidade limitada como um instrumento essencial na busca do incremento da riqueza econômica. Acentua o mesmo

⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 330.

autor que a decisão da Corte Suprema de Nova Iorque, que promoveu a mudança de rumo, sublinhou uma segunda justificativa para a adoção da limitação da responsabilidade como regra geral nas sociedades de capitais: o seu caráter democrático, possibilitando atingir, na coleta de capitais, o mercado de investidores (poupadores). E, igualmente, por consistir uma forma de abertura da economia societária às pequenas e médias empresas. Enfim, esses elementos característicos, em seu conjunto, fizeram da responsabilidade limitada uma extraordinária garantia de igualdade dos cidadãos nas oportunidades de acesso à riqueza.⁸⁹

5.5 Há de se ter presente, outrossim, ainda segundo TONELLO, que “o exercício profissional de uma atividade econômica implica indubitavelmente a assunção de graves riscos. São as regras do jogo no mercado capitalista: para alcançar lucros, impõe-se investir o próprio dinheiro e correr o risco de perdê-lo.”⁹⁰ O empresário individual, que pretenda participar do jogo, arrisca todos os seus bens presentes e futuros, consoante o princípio geral expresso no art. 591 do Código de Processo Civil brasileiro e no art. 2740 do *Codice Civile*. Não é de admirar, portanto, que muitas pequenas sociedades correspondam, na realidade, a empresas individuais, em que o empresário recorre a “sócios de palha” para obter a pluralidade de pessoas necessária ao afastamento da imposição legal.⁹¹

5.5.1 Em conseqüência, o legislador que queira encorajar a criação e o desenvolvimento da iniciativa econômica das pequenas e médias empresas, não pode pretender negar ao empresário individual a legítima e mais que razoável cautela de se expor aos riscos da empresa somente com uma parte do próprio patrimônio.⁹² E se, observa ROBERTO WEIGMANN, é verdade que em nossos dias são os Estados Unidos, como foi a Inglaterra nos tempos de Marx, o laboratório de vanguarda onde primeiramente se experimentam as fórmulas do ordenamento capitalista, então se constata, como uma das linhas de tendência, a permissão da limitação da responsabilidade também àqueles empresários individuais que resolvam adotar a veste societária.⁹³ Tal tendência refletiu-se na Europa, onde em 1989 o Conselho da União Européia adotou a décima-segunda diretiva em matéria de direito das sociedades (n. 89/667), instituindo a sociedade de responsabilidade limitada com um único sócio.⁹⁴ Informa JOÃO BAPTISTA VILLELA que “a tendência doutrinária brasileira, hoje, é

⁸⁹ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 80-82.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 296.

⁹¹ *Ibidem*, p. 330

⁹² *Ibidem*, p. 296-297. Nada obstante, em 1983, MASSIMO BASILE e ANGELO FALZEA manifestaram-se no sentido de que a extensão do estatuto da pessoa jurídica aos entes unipessoais se apresenta como uma utilização oblíqua daquele e um instrumento oblíquo para subtrair-se ao regime da responsabilidade pessoal (op. cit., p. 274).

⁹³ WEIGMANN, Roberto, op. cit., p. 198.

⁹⁴ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 296, nota 217, p. 298-299.

francamente a favor da sociedade unipessoal”⁹⁵. Os principais motivos inspiradores da diretiva são dois: por um lado, superar historicamente a experiência da sociedade em que a pluralidade é mera forma, obtida mediante a intervenção de testas-de-ferro; e, por outro, privilegiar um instrumento que, já amplamente experimentado em alguns mercados nacionais, é presumível que se torne um seguro veículo de desenvolvimento para futuros negócios do mercado da nova Europa.⁹⁶

5.6 Esclarece TONELLO que os primeiros membros da Comunidade a introduzir a sociedade unipessoal foram os dinamarqueses (em 1973) e os alemães (em 1980). Em razão do exemplo da Alemanha, o instituto foi acolhido pela França (em 1985), pela Holanda (em 1986), pela Bélgica (em 1987) e por Luxemburgo (em 1992). Portugal, pouco propenso a aceitar a sociedade unipessoal por fidelidade ao princípio da origem contratual da sociedade, admitiu, entretanto, a empresa individual de responsabilidade limitada, desde 1986. Quanto à situação no Reino Unido, no *common law* o princípio da limitação da responsabilidade do empresário individual havia se imposto graças a um precedente jurisprudencial.⁹⁷ Antes da diretiva comunitária, ignoravam o instituto em questão Espanha, Grécia, Irlanda e Itália.⁹⁸ Nesta, o decreto legislativo n. 88, de 3 de março de 1993, em execução da diretiva, rompeu a tradição alterando alguns artigos do Código Civil, de modo a permitir a constituição da sociedade de responsabilidade limitada por ato unilateral.⁹⁹ Na Espanha, com a entrada em vigor da Lei sobre Sociedades de Responsabilidade Limitada, em 1995, passa a ser admitida a sociedade unipessoal, tanto superveniente como originária.¹⁰⁰

⁹⁵ VILLELA, João Baptista. Capacidade civil e capacidade empresarial; poderes de exercício no projeto do novo código civil. *Revista CEJ*, Brasília, v. 9, p. 24, dez. 1999. Aliás, em tese apresentada por ocasião do Congresso Jurídico Comemorativo do Cinquentenário da Faculdade de Direito da UFRGS, em 1950, sob o título “Limitação da Responsabilidade do Comerciante Individual”, já alertava ANTONIO MARTINS FILHO que “a empresa individual de responsabilidade limitada, constituindo a última fase do processo evolutivo da limitação dos riscos, é insistentemente reclamada pelos agentes da atividade econômica dos novos tempos.” Aduzindo que “recusando-a de direito, não evitará o legislador a existência de fato desse tipo de empresa, que passa a funcionar sob forma de sociedade fictícia ou unipessoal.” (*Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre*, 1951, v. 1, p. 284-338). Pela qualidade dessa tese e dos debates quando de sua discussão, recomenda-se a leitura da respectiva publicação.

⁹⁶ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 299.

⁹⁷ Segundo TONELLO, op. cit. nota 231, p. 303, o célebre caso “Salomon X Salomon Co. Ltd.” (House of Lords, 1897).

⁹⁸ *Ibidem*, p. 301 a 303.

⁹⁹ WEIGMANN, Roberto, op. cit., p. 103.

¹⁰⁰ RODA, Carmen Boldò. La dottrina del “levantamiento del velo” della personalità giuridica nel diritto privato spagnolo. *Contratto e Impresa*, Padova, v.14, n.1, p. 274, gen./apr. 1998. Oportuno registrar que, não tendo o novo Código previsto a limitação da responsabilidade do empresário individual, destoam dessa orientação o § 2º do art. 974 e o art. 978. É o que preleciona JOÃO BAPTISTA VILLELA: “Há no Projeto formulações que levam a supor que se trabalha com a hipóteses, não expressamente assumida, de um certo ‘patrimônio de afetação’, sobre o qual, entretanto, não se fala e sobre cujo mecanismo de funcionamento não se adiantam regras. De duas, uma: ou o patrimônio de afetação é efetivamente assumido e há de haver regras disciplinadoras no Projeto ou, se ele não é assumido, certas soluções, como por exemplo, a de excluir determinados bens da pessoa que é também empresário, não podem sobreviver.” (op. cit., p. 24).

5.7 Ao admitir a opção entre sociedade unipessoal e patrimônio de afetação ou de destinação, a diretiva comunitária levou em conta que alguns Estados sempre permaneceram fiéis à idéia da sociedade como contrato, podendo, por isso, hesitar na adoção do novo instituto.¹⁰¹ Com efeito: sustenta-se que a sociedade constituída *ab initio* de uma só pessoa é uma heresia não só conceitualmente, enquanto a sociedade exige um acordo entre pelo menos duas pessoas, mas também etimologicamente, dado que, segundo autorizadíssimas opiniões, o termo deriva do latino “*socius*”, que significa “aquele que caminha com outro”.¹⁰² Todavia, também a outra alternativa (patrimônio de destinação) infringe as categorias oitocentistas.

O dogma em questão era, de fato, o da unidade do patrimônio e se fundava sobre a autoridade de Aubry e Rau ao interpretar os arts. 2092 e 2093 do *Code Napoléon*: se o patrimônio é a projeção econômica do indivíduo, cada pessoa não pode ter mais de um.¹⁰³

5.7.1 Impõe-se, neste passo, algumas observações. A primeira, apresentada por TONELLO, no sentido de que se se reabilita a concepção da sociedade-pessoa jurídica como um complexo de normas derogatórias do direito comum, que disciplinam a organização interna de uma empresa, então a aplicação dessas normas também à iniciativa individual não mais suscitará ruído.¹⁰⁴ Outra, do mesmo jurista, de que aos Estados que optem pela alternativa do patrimônio de destinação, determina-se não prescindir das garantias exigidas para a tutela dos terceiros frente à sociedade com um único sócio.¹⁰⁵ Por último, que uma das vantagens do modelo societário relativamente ao do patrimônio autônomo está justamente em possibilitar a passagem de sócio único à pluralidade de sócios, sem necessidade de mudar a forma jurídica atribuída à empresa de responsabilidade limitada.¹⁰⁶

5.7.2 A Itália, em execução da diretiva comunitária, preferiu restringir o benefício da responsabilidade limitada aos sócios pessoas físicas e que possuam a totalidade do capital de uma só sociedade (nova al. 2^a do art. 2497 do C. Civil).¹⁰⁷

5.8 Quanto ao nosso País, deve-se anotar, primeiramente, que o direito brasileiro não admite, em regra, a constituição de sociedades unipessoais. O princípio adotado entre nós é o de que devem ser constituídas por pelo menos dois sócios.¹⁰⁸ Em relação

¹⁰¹ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 301.

¹⁰² Ibidem, p. 297.

¹⁰³ WEIGMANN, Roberto, op. cit., p. 201.

¹⁰⁴ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 297-298.

¹⁰⁵ Ibidem, p. 301.

¹⁰⁶ WEIGMANN, Roberto, op. cit., p. 204.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ RUBENS REQUIÃO, ao apontar os elementos específicos do contrato de sociedade comercial, ensina: “O art. 302 do Código, entre os elementos que deve conter o instrumento do contrato social, ‘alude aos nomes, nacionalidade e domicílio dos sócios’, no ‘plural’, o que vale dizer que a lei exige pluralidade de sócios na constituição da sociedade, isto é, ‘dois ou mais sócios’. Já afirmamos que o direito comercial brasileiro não admite, no âmbito privado, sociedade de uma só pessoa, ou seja, a sociedade unipessoal [...]. Não obstante, a Lei de Sociedades por ações acolhe a sociedade subsidiária integral.” (op. cit., n. 224, p. 290). Ver, ainda, o art. 80, I, da Lei 6.404/76; o art. 2^o do Dec. 3708/19; os arts. 311, 315, 317 e 325 do Código Comercial. O novo Código não altera o princípio tradicionalmente acatado, como revelam vários de seus dispositivos, notadamente o art. 981.

à companhia, a lei estabelece a exceção da subsidiária integral, a única hipótese de sociedade constituída por um sócio apenas (já que a outra previsão legal de unipessoalidade, a do art. 206, I, *d*, da Lei 6.404, cuida de situação incidental e temporária, ou seja, diz respeito a sociedade constituída por mais de um sócio, mas que por razões diversas, passa a ter um só, e assim fica por algum tempo). Cabe, a propósito, o registro de que a subsidiária integral não pode ser constituída por uma pessoa física, mas somente por outra sociedade (Lei 6.404, art. 251), o que, de certo modo, reintroduz o princípio geral da pluripessoalidade.¹⁰⁹ Cabe aduzir que:

A par da criação originária, admite a lei a criação derivada de subsidiárias integrais, mediante conversão, que pode se dar (a) pela aquisição, por sociedade brasileira, de todas as ações de determinada companhia (art. 251, § 2º) ou (b) pela chamada incorporação de ações (art. 252).¹¹⁰

5.8.1 Ademais, na subsidiária integral:

não sofre alteração o princípio da responsabilidade limitada do acionista único ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (art. 1º), sendo certo, porém, que o mencionado acionista único tem os deveres e responsabilidades de acionista controlador (arts. 116 e 117).¹¹¹

5.9 Foi acima considerada, em nosso sistema jurídico, a sociedade que a doutrina, lembrada por COMPARATO, distingue como unipessoal autêntica, contrapondo-a àquela:

em que a unipessoalidade é dissimulada para evitar a aplicação de disposições legais imperativas. Esta última, comuníssima tanto aqui como alhures, denominada em português sociedade de favor, equivale à *société de façade* dos franceses, à *società di comodo* italiana, ou à *dummy company* da doutrina anglo-saxônica.¹¹²

De outra parte, consoante o mesmo jurista, impõe-se ainda “distinguir entre a sociedade originariamente unipessoal e a que ficou reduzida a um só sócio no curso de sua existência.”¹¹³ Quanto a esta, “em quase todos os países vai sendo reconhecida a subsistência da personalidade jurídica, pelo menos durante um certo tempo, não havendo dissolução imediata e automática.”¹¹⁴ E indaga: “*Quid juris*, no entanto, caso venha a ser decretada a falência da companhia já reduzida a um só acionista?”¹¹⁵ Após referir a omissão legislativa a esse respeito, observa que:

¹⁰⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 177. Como se viu no item anterior (5.7.2), diversa foi a orientação da legislação italiana, ao determinar que o único sócio seja pessoa física.

¹¹⁰ LACERDA TEIXEIRA, Egberto. **Das sociedades anônimas no direito brasileiro**. São Paulo: José Bushatsky, 1979, v. 2, n. 250, p. 726.

¹¹¹ *Ibidem*, n. 249, p. 725.

¹¹² COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 37.

¹¹³ *Ibidem*, p. 236.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

Já se sustentou em doutrina que, uma vez decretada a falência de companhia cujo número de acionistas é inferior ao mínimo legal, os remanescentes respondem ilimitadamente pelos débitos sociais contraídos no período em que se verificou essa redução indevida do número de sócios.¹¹⁶

5.9.1 No tocante à sociedade fictícia (originalmente unipessoal), assevera MIRANDA VALVERDE tratar-se, em nosso direito, de um caso de simulação fraudulenta. Pelo que, declarada a falência da sociedade anônima aparente, lhe parece que a consequência jurídica deve ser a responsabilidade solidária e ilimitada do único acionista pelas obrigações sociais.¹¹⁷ Todavia, MODESTO CARVALHOSA, com fundamento na lição de ASCARELLI, sustenta que, na espécie, não há simulação alguma:

Isto porque o escopo de uma pessoa que participa da sociedade é o de constituir um patrimônio separado. Assim, uma pessoa que reúne outras, fiduciariamente, para constituírem uma companhia, não foge ou desvia desse objetivo de formação de um patrimônio apartado. A única diferença é que todo o capital é seu, ainda que, juridicamente, seja partilhado entre outros.¹¹⁸

Nada obstante, ao conceder que, provada a efetiva confusão patrimonial entre a sociedade e o seu controlador, os tribunais poderiam, excepcionalmente, fazer incidir sobre os bens deste a responsabilidade pelas dívidas sociais, está ASCARELLI – a constatação é de COMPARATO¹¹⁹ - admitindo a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade perante terceiros, no mesmo sentido em que algumas legislações a permitem.

5.10 Tendo-se em conta, de uma lado, que “A hipótese mais largamente admitida de desconsideração da personalidade jurídica é a da sociedade unipessoal”,¹²⁰ e, de outro, a tendência à limitação da responsabilidade do empresário individual, sobretudo sob a forma de sociedade unipessoal, impõe-se a indagação proposta por CARMEM BOLDÒ RODA: essa mudança de rumo tornará sem sentido a doutrina do levantamento do véu da pessoa jurídica, ou, ao contrário, essa poderá continuar a ser aplicada e em que casos.¹²¹

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 328. É o entendimento sufragado por PONTES DE MIRANDA (op. cit., tomo XXVIII, 1960, § 3.288, n. 2, p. 15-16) e JOSÉ WALDECY DE LUCENA (op. cit., p. 694). FÁBIO ULHOA COELHO observa que a teor do disposto no art. 1033, IV, do novo Código, na sociedade limitada a pluralidade dos sócios deve ser restabelecida no prazo de 180 dias seguinte ao evento que produziu a unipessoalidade, independentemente das assembléias ou reuniões dos sócios. Porém, “Vencido o lapso legal de sobrevivência sem a admissão de pelo menos mais um sócio, a sociedade empresária se dissolve e deve ser liquidada. Se o sócio único, contudo, deixa de promover os atos de encerramento da pessoa jurídica, e continua operando, configura-se a situação de sociedade irregular. Ele passa a ter responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais.” (op. cit., v. 2, p. 455)

¹¹⁷ VALVERDE, Miranda. **Comentários à lei de falências**. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. I, p. 83-84.

¹¹⁸ CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. São Paulo: Saraiva, 1984, v. 3, p. 47.

¹¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 331.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 326.

¹²¹ RODA, Carmem Boldò, op. cit., p. 274.

5.10.1 Se a nova forma societária tem um sentido, é justamente o de conferir também à pessoa física a possibilidade de desenvolver uma atividade empresarial com as vantagens da limitação de responsabilidade sem necessidade de recorrer a sócios aparentes e a escudos de proteção. Mas este resultado, adverte NADIA ZORZI, pressupõe necessariamente que o desdobramento de personalidade entre sócio e sociedade unipessoal (e, pois, igualmente, entre sócio e sociedade pluripessoal, pela unidade da noção de pessoa jurídica) não seja apenas fictício ou de favor, mas real, podendo realizar-se somente com o efetivo respeito às regras fundamentais do direito societário.¹²² Na exposição justificativa da décima-segunda diretiva, o legislador comunitário manifesta a sua preocupação com que nas sociedades unipessoais seja assegurada, sobretudo em matéria de publicidade, bem como de elaboração e controle de contas, uma série de garantias que permitam separar o patrimônio social do patrimônio privado do empresário. Da mesma forma, aos Estados que optem pela solução do patrimônio de destinação (empresa individual de responsabilidade limitada) se impõe não prescindir das garantias exigidas às sociedades unipessoais para a tutela de terceiros.¹²³

5.10.2 Destarte, a conclusão alcançada por CARMEN BOLDÒ RODA, em resposta à questão apresentada (item 5.10, supra), é a de que a doutrina do “levantamento do véu” poderá continuar a ser utilizada, porquanto o que é efetivamente determinante para a sua aplicação não é a situação de unipessoalidade em si, porém a fraude que pode ser perpetrada sob sua cobertura.¹²⁴ Em abono desse entendimento, TONELLO invoca decisão do Tribunal de Ferrara, de 18/02/1994 - e, portanto, posterior ao Dec. N. 88, de 03/03/1993 -, a qual admitiu a denegação aos sócios do benefício da responsabilidade limitada, por meio da aplicação analógica da norma sobre o sócio único, e a extensão aos mesmos da falência da sociedade.¹²⁵ Enfim, assevera o jurista, essa é a única leitura da reforma legislativa que permite salvar-lhe a essência: o entendimento de que a admissão legislativa da sociedade unipessoal importaria em afastar, em qualquer caso, a possibilidade de superação da personalidade jurídica, traria a consequência, contrária à *voluntas legis*, de continuar sendo mais conveniente operar sob a velha forma de sociedade pluripessoal de favor, do que sob a nova sociedade unipessoal, que seria apenas instituidora de maiores exigências de publicidade e de maiores ônus financeiros.¹²⁶ Isso porque, em garantia de uma realização substancial e não apenas formal do efetivo desdobramento da personalidade a que alude NADIA ZORZI (item 5.10, supra), pressuposto necessário para a atribuição do benefício da responsabilidade limitada ao único quotista, impõem-se regras rigorosas, bem mais

¹²² ZORZI, Nadia. Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito. *Contratto e impresa*, Padova, v. 10, n. 3, p. 1075, set./dic. 1994.

¹²³ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 299 e 301.

¹²⁴ RODA, Carmem Boldò, op. cit., p. 277.

¹²⁵ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 310.

¹²⁶ *Ibidem*. p. 311. Parece que a solução, no Brasil, quanto à subsidiária integral, não é diversa, uma vez configurado o abuso da limitação de responsabilidade pela acionista única.

severas do que as pertinentes às tradicionais formas de sociedade de capitais pluripessoais.¹²⁷

6 Superação da personalidade jurídica:¹²⁸ distinções

6.1 Antes de examinar a evolução doutrinária e jurisprudencial das diversas técnicas de repressão ao abuso da personalidade jurídica, cabem algumas distinções prévias: primeiramente, para apontar alternativas, com finalidade análoga, mas que não importam propriamente em desconsideração da personalidade jurídica ou na superação do “escudo” da pessoa jurídica (itens 6.2 a 6.2.4, *infra*); em seqüência, para registrar as duas formulações para a teoria da desconsideração apresentadas por FÁBIO ULHOA COELHO (item 6.3, *infra*); após, para assinalar que nem sempre a razão que leva à superação da personalidade jurídica é tutelar terceiros (itens 6.4 e 6.4.2, *infra*); a seguir, para considerar que nem todo abuso da personalidade jurídica liga-se ao abuso da responsabilidade limitada (item 6.5, *infra*); depois, para distinguir a hipótese denominada por FÁBIO ULHOA COELHO de desconsideração inversa (item 6.6, *infra*); enfim, para lembrar as dificuldades de solução em se tratando de abuso perpetrado por quem não seja sócio, nem administrador (item 6.7, *infra*).

6.2 Segundo LUCIANO AMARO:

O nosso direito positivo oferece inúmeros exemplos de situações em que, para prevenir certos futuros abusos através da pessoa jurídica, “a própria norma legal impõe determinadas conseqüências que não são aquelas que normalmente decorreriam do reconhecimento da autonomia da pessoa jurídica e da limitação de responsabilidade dos sócios”. Em tais hipóteses, geralmente para proteger o direito de terceiros, a lei, sem deixar de reconhecer a existência e a autonomia da pessoa jurídica, deixa expressa ora a “responsabilidade solidária”, ora a “responsabilidade subsidiária”, ora a “responsabilidade pessoal de terceiros”.¹²⁹

Aponta o mesmo autor, como exemplos de situações em que a própria lei impõe a responsabilidade solidária ou subsidiária, o art. 2º, § 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); os arts. 115 a 117, 233 e 242 da Lei 6.404/76; os arts. 133, II, 134 e 135 do Código Tributário Nacional (CTN); o art. 28, §§ 2º a 4º do Código de Defesa do Consumidor (CDC). E conclui:

Nessas situações, não nos parece que se deva cogitar de aplicar-se a “doutrina da desconsideração da personalidade jurídica” [...], pois não há nenhuma “forma jurídica” que deva ser “desprezada” pelo juiz [...]. Em suma, quando o direito já fornece

¹²⁷ ZORZI, Nadia, *op. cit.*, p. 1075.

¹²⁸ A despeito das reservas de TONELLO sobre a oportunidade de continuar usando a expressão “superação da personalidade jurídica”, que considera metafórica e enganosa (*op. cit.*, p. 56), é ela ainda de utilização corrente pela doutrina.

¹²⁹ AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor.

Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. São Paulo, v. 31, n. 88, p. 71-72, out/dez. 1992.

o remédio legal, não é preciso “superar” ou “penetrar” nenhuma forma jurídica. “Basta aplicar a solução legal”, que já se apresenta “axiologicamente correta”.¹³⁰

6.2.1 Na mesma linha, ao analisar a responsabilidade pessoal, ilimitada e solidária do único sócio pelos débitos sociais assumidos durante o período da unipessoalidade imposta pelo art. 129 da LSRL espanhola, CARMEN BOLDÒ RODA indaga se nos encontramos frente a um caso de “levantamento do véu sancionado legalmente”. E responde: embora a extensão da responsabilidade, nessa hipótese, derive *ex lege*, o resultado alcançado não difere do obtido através do “levantamento do véu”. Mas a técnica utilizada não é a mesma, pois enquanto no primeiro caso não desaparece a heterogeneidade subjetiva, no segundo os tribunais têm manifestado que não se trata de débito de outrem.¹³¹

6.2.2 TONELLO revela que, no direito norte-americano, encontram-se numerosos casos em que os juízes têm condenado os sócios ao pagamento dos credores sociais não através do *piercing the veil*, mas a título de responsabilidade direta. Embora não haja unanimidade a respeito, pode-se extrair de diversas decisões que, se a fraude (*engano, deception*), como, por exemplo, a representação aos credores de uma realidade patrimonial e financeira distinta da efetiva, não é imputável à sociedade em seu conjunto, porém decorre do comportamento particularizado de um ou mais sócios, os credores não pagos pela sociedade podem invocar a responsabilidade direta desses últimos independentemente do eventual *piercing the corporate veil*.¹³² Aponta, ainda, o referido jurista, a adoção de outros instrumentos alternativos para tutelar interesses de terceiros. Assim, a matéria pertinente aos *involuntary creditors* – (categoria que compreende, em sentido amplo, não só os credores por ressarcimento de dano mas também aqueles que, embora fundando as razões do seu crédito numa obrigação contratual, se encontram em posição negocial de nítida inferioridade relativamente à outra parte) – é objeto, em particular, de numerosas intervenções legislativas em lugar das jurisprudenciais, quais o reconhecimento em favor dos prejudicados pela atividade ou pelos produtos da sociedade, de um privilégio na repartição da massa falida; ou a introdução, em favor dos dependentes da empresa e pelas retribuições não recebidas, de instrumentos denominados *unemployment compensation* ou, enfim, a previsão normativa de hipóteses especiais de responsabilidade pessoal dos sócios, em consideração da particular natureza do crédito (como, por exemplo, o crédito salarial).¹³³

¹³⁰AMARO, Luciano, op.cit, p. 72-74 e 76. Nesta última página, distingue as hipóteses previstas no art. 28 do CDC: enquanto a desconsideração da pessoa jurídica é objeto do *caput* e do § 5º

desse dispositivo, a matéria dos §§ 2º a 4º é de “responsabilidade subsidiária ou solidária”. FÁBIO ULHOA COELHO abona o entendimento exposto neste item 6.2, ao ensinar que “cabe aplicar a teoria da desconsideração apenas se a personalidade jurídica autônoma da sociedade empresária antepõe-se como ‘obstáculo’ à justa composição de interesses. Se a autonomia patrimonial da sociedade não impede a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe nenhuma desconsideração.” (*op. cit.*, v. 2, p. 42). E aduz: “A teoria da desconsideração [...] tem pertinência apenas quando a responsabilidade não pode ser, em princípio, diretamente imputada ao sócio, administrador ou representante legal da pessoa jurídica. Se a imputação pode ser direta, se a existência da pessoa jurídica não é obstáculo à responsabilização de quem quer que seja, não há porque cogitar do superamento de sua autonomia.” (*ibidem*, p. 50)

¹³¹RODA, Carmem Boldò, op. cit., p. 275.

¹³²TONELLO, Matteo, op. cit., p. 97-98. Exemplo de fraude imputável à sociedade encontra-se na hipótese em que essa declare, em sua correspondência aos fornecedores, um capital social não correspondente ao verdadeiro; de fraude perpetrada por sócio, a indução por esse, da assunção de um crédito frente à sociedade mediante a promessa oral de pagamento por parte dessa última. (*idem*, p. 98)

¹³³*ibidem*, p. 163-164.

6.2.3 No tocante ao direito alemão, considera NADIA ZORZI oportuno destacar que alguns autores, pelo menos com referência a “hipóteses específicas”, em lugar de recorrer ao princípio da superação da personalidade jurídica, preferem manter firme a subjetividade da sociedade de capitais, e, nada obstante, chamar os sócios ou os administradores para responder perante terceiros com base na disciplina do ilícito civil, invocando a propósito os arts. 823, II, em conexão com uma norma mais específica (penal ou falimentar), e 826 do BGB.¹³⁴ De outra parte, reputa também importante lembrar que as técnicas jurisprudenciais alemãs de solução de um *Durchgriffproblem* podem ser, de modo análogo ao que acontece na Itália, substancialmente encaradas sob duas perspectivas. A primeira é a técnica da *Durchgriffshaftung*, que importa em considerar responsáveis perante os credores da sociedade, os sócios (enquanto tal ou enquanto administradores) que abusam da alteridade subjetiva da última. Tal técnica leva a descerrar o véu da personalidade jurídica, cuja existência separada se torna sem efeito em face dos sócios considerados pessoalmente responsáveis. Seu fundamento é, principalmente, a teoria do “abuso de direito”, sendo também freqüentemente invocado o princípio geral da boa-fé (*Treu und Glauben*). A segunda perspectiva, alternativa à *Durchgriffshaftung*, é a técnica da *Normzwecklehre*. Trata-se de restringir a esfera de aplicação da norma relativa à pessoa jurídica, de que decorre a alteridade subjetiva,¹³⁵ porque se considera prevalecente o princípio posto por outra norma prevista em parte diversa do ordenamento jurídico. Ainda consoante NADIA ZORZI, o critério distintivo que a jurisprudência parece observar na escolha entre a primeira ou a segunda técnica depende da natureza da questão a solucionar: um problema de tutela de terceiros ou um problema por assim dizer “interno”, pertinente à relação sócio-sociedade, e/ou sociedade-sociedades entre si coligadas. No primeiro caso, seria preferida uma solução de verdadeira *Durchgriff*; no segundo, uma solução de aplicação e interpretação de outras normas.¹³⁶

6.2.4 Um dos grandes problemas que os grupos de sociedades apresentam e, provavelmente, o que se reveste de maior relevância externa, é, no dizer de CARMEN BOLDÔ RODA, o da proteção dos interesses da sociedade controlada. A mesma autora

¹³⁴ ZORZI, Nadia, op. cit., p. 1087.

¹³⁵ Após referir que os redatores do BGB pretendiam dar ao § 242 sentido análogo ao do art. 1134, al. 3^a, do Code Civil, consoante a interpretação francesa dominante, segundo a qual a boa-fé consiste na intenção dos contratantes; que, porém, a partir do fim dos anos vinte a jurisprudência fez do § 242 uma cláusula geral, e, desde então, sobre esse dispositivo tem sido fundada a *exceptio doli* com todos os seus corolários, PORTALE registra que uma parte da doutrina alemã atual contesta essa última orientação, por considerar o preceito *Treu und Glauben* muito genérico para ser idôneo a conduzir tais construções da jurisprudência. A nova doutrina, sustentada principalmente por Larenz, propõe fundar a concepção sobre institutos mais típicos, reapreciados conforme o método da *teleologische Reduktion*, que reduz o âmbito de aplicação de uma norma jurídica, quando a mesma conduzir a conseqüências inaceitáveis. Assim, para evitar resultados absurdos, tem sido proposta uma redução do alcance da norma que atribui personalidade jurídica a uma sociedade. Todavia, a própria jurisprudência, ao acolher esse método, conserva como *ratio decidendi* o princípio *Treu und Glauben*, vale dizer que acolhe a nova doutrina, mas sempre com o escopo de punir condutas contrárias à boa-fé (op. cit., p. 153-154).

¹³⁶ ZORZI, Nadia, op. cit., p. 1087-1089.

destaca que os sistemas de proteção adotados pelos ordenamentos são diversos. Assim, encontramos a assunção, por parte da sociedade controladora, dos prejuízos do exercício da sociedade controlada, contemplada pelo direito alemão; a responsabilidade subsidiária da controladora pelos débitos da controlada, prevista no Projeto da nona diretiva Comunitária; ou, por último, um sistema misto que inclui os dois remédios precedentes, que é o sistema adotado pelo Código das Sociedades português. Noutros países, como na Itália, a defesa dos interesses dos credores da sociedade controlada se realiza por meio das leis falimentares. No direito espanhol, os únicos remédios de que dispõe o credor de uma sociedade controlada são dois: o exercício da ação de responsabilidade contra os administradores e a doutrina do “levantamento do véu” da pessoa jurídica.¹³⁷

6.3 Segundo FÁBIO ULHOA COELHO:

há duas formulações para a teoria da desconsideração: a ‘maior’, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a ‘menor’, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial.¹³⁸

A primeira, mais elaborada, de maior consistência e abstração, condiciona o afastamento episódico da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas à caracterização da manipulação fraudulenta ou abusiva do instituto. A outra, menos elaborada, tende a condicionar o afastamento do princípio da autonomia à simples insatisfação do credor perante a sociedade, contentando-se com a demonstração pelo credor da inexistência de bens sociais e da solvência de qualquer sócio, para atribuir a este a obrigação da pessoa jurídica.¹³⁹ (item 8.2, *infra*)

6.4 Outra distinção que se impõe é que nem sempre a superação do “escudo” que o sujeito-sociedade interpõe entre os sócios e os terceiros visa a tutelar direitos destes últimos. A razão que conduz a essa superação pode consistir em impedir que terceiros tirem vantagem indevida em prejuízo dos sócios. Como lembra LUCIANO AMARO, “a ‘fraude’ ou o ‘abuso’ costumam ser citados para justificar a desconsideração.” Mas COMPARATO mostra que essa pode também ser aplicada a “favor do sócio”, como, por exemplo, no reconhecimento do direito de retomada de imóvel para uso “próprio” de pessoa jurídica sob controle do locador, hipótese em que descabe falar em fraude ou abuso.¹⁴⁰

6.4.1 De sua vez, GALGANO coloca, a respeito do tema, a seguinte questão:

Pode o terceiro locatário legitimamente opor à locadora-sociedade, que declara o intento dos sócios de querer utilizar diretamente o imóvel já conferido à sociedade,

¹³⁷ RODA, Carmen Boldó, *op. cit.*, p. 282-283.

¹³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, v. 2, p. 35.

¹³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁰ COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 74.

que da sociedade, e não dos sócios, deve ser o intento de utilizar diretamente a coisa locada?¹⁴¹

Ao responder negativamente, o Tribunal de Veneza repeliu, de modo explícito, a “ótica formal” que considera a sociedade como “qualquer coisa de diverso” da pessoa dos sócios. Embora, no caso, se tratasse de sociedade em nome coletivo e, pois, sem personalidade jurídica segundo o direito italiano (item 2.4, supra), o argumento vale, enfatiza o jurista peninsular, para o inteiro “fenômeno societário”, colocando-se a decisão na corrente jurisprudencial que adere à revisão crítica do conceito de pessoa jurídica.¹⁴²

6.4.2 Enfim, nas hipóteses lembradas a questão é inteiramente oposta àquela comumente no centro da problemática da autonomia da pessoa jurídica, de regra identificada pela doutrina na sua utilização qual “escudo” de cobertura dos sócios, ostensivos ou ocultos, em face de terceiros. Nos mencionados casos, é o terceiro que se serve do escudo da pessoa jurídica ou tem interesse em acentuá-lo ao máximo.¹⁴³ Daí a oportuna observação de RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, de que o art. 50 do novo Código:

Deveria prever também a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica para benefício dos seus sócios. A microempresa é a forma pela qual a pessoa física atua no mercado; a pessoa jurídica para isso instituída, na verdade, não é mais do que a emanção daquele empresário, seus patrimônios não se distinguem. Por essa razão, também deveria ser permitida a desconsideração da pessoa jurídica em casos tais, para autorizar a concessão de benefícios estendidos à pessoa física, como acontece com a assistência judiciária. (Lei n. 1060/50) – que muitos entendem apenas deferível à pessoa física – e com a impenhorabilidade dos instrumentos de trabalho.¹⁴⁴

6.5 Outro tema a ser lembrado é que nem toda hipótese passível de enquadramento como abuso da personalidade jurídica *lato sensu* tem a ver com o abuso da responsabilidade limitada. TONELLO exemplifica com episódios de abuso de voto por parte da maioria societária, em que se põe não um problema de conflito de interesses com a sociedade, mas, ao invés, coloca-se a mais delicada questão dos atos societários

¹⁴¹ GALGANO, Francesco. *Tratatto de diritto privato e di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 111.

¹⁴² *Ibidem*, p. 112.

¹⁴³ INZITARI, Bruno, op. cit., p. 680.

¹⁴⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Projeto de código civil. As obrigações e os contratos. *Revista CEJ*, op. cit., p. 34. Tenha-se presente que a Lei 9.841, de 05/10/99, considera microempresa tanto a pessoa jurídica quanto a firma individual que preencha os requisitos de enquadramento na mencionada categoria (arts. 2º, I, e 3º). A opção pela constituição de pessoa jurídica prende-se à possibilidade de limitação da responsabilidade, que, no nosso direito, não existe para o empresário individual. Distingue-se, aqui, mais um argumento em prol dessa limitação da responsabilidade, dispensando o empresário individual da constituição da pessoa jurídica com a única finalidade de alcançá-la (cf. itens 5.8 e 5.9, supra).

executados com o mero intento de causar dano aos interesses de outros sócios e exercer, por essa via, uma pressão indevida sobre os mesmos.¹⁴⁵

6.6 Por desconsideração inversa entende FÁBIO ULHOA COELHO “o afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio.”¹⁴⁶ A fraude que tal desconsideração coíbe é, basicamente, o desvio de bens. O devedor transfere seus bens para a pessoa jurídica sobre a qual detém controle absoluto. Com isso, visa a frustrar execução de seus credores ou fraudar a partilha de bens comuns na desconstituição de vínculo matrimonial ou de união estável.¹⁴⁷

6.6.1 Note-se que em sua antes lembrada manifestação pioneira (item 1.1, supra), RUBENS REQUIÃO, ao apontar traços da *disregard doctrine* na jurisprudência brasileira, invoca o acórdão na apelação n. 9247, do Tribunal de São Paulo, como uma nítida aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, no setor da sociedade anônima. E, no caso, julgou-se ineficaz a personalidade jurídica, penetrando-a, porém não a destruindo, a fim de recuperar, para efeitos da justiça, bens particulares que garantiam a execução, mas estavam encobertos e disfarçados como bens sociais pelo véu da personificação da sociedade.¹⁴⁸ REQUIÃO, sem qualquer ressalva, reputou essa decisão “a mais perfeita identificação que encontramos em nossa jurisprudência, da *disregard doctrine*.”¹⁴⁹ Efetivamente, nas hipóteses figuradas por FÁBIO ULHOA COELHO, encontrando-se formalmente os bens no patrimônio da pessoa jurídica, busca-se alcançá-los, atingindo assim, o sócio que pretendeu escudar-se com a personalidade da sociedade. Destarte, ainda que as nuances que particularizam tais hipóteses autorizem distingui-las, não se diferenciam das demais se consideradas quanto ao fim visado pela superação da pessoa jurídica. Invocável, a esse respeito, a lição de COMPARATO, no sentido de que “a desconsideração da personalidade jurídica não atua apenas no sentido da responsabilidade do controlador por dívidas da sociedade controlada, mas também no sentido inverso, ou seja, no da responsabilidade desta última por atos do seu controlador.”¹⁵⁰ Comentando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que invocou essa lição, confirma HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA:

¹⁴⁵ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 287. Em notas ns. 204 e 205, aduz o mesmo autor que o problema relativo ao voto do sócio conflitante com os interesses da sociedade encontra regulação legislativa no art. 2373 do Código Civil italiano. Mas, nas hipóteses invocadas como exemplo, o conflito se manifesta exclusivamente entre os sócios, sem prejudicar a sociedade. Na primeira questão mencionada, a maioria deliberou a extinção antecipada da sociedade com o único fim de livrar-se de um sócio dissidente, para depois prosseguir a mesma atividade social através de uma sociedade diversa. Outra hipótese freqüente é a da deliberação de aumento de capital visando somente a praticamente excluir da sociedade minorias hostis. O tema voltará a ser examinado no item 9, infra.

¹⁴⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 45.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial**, op. cit., p. 80-81.

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 335.

Trata-se de uma estrada de mão dupla, como lembra Fábio Comparato, a cujo ensinamento mais uma vez recorreu o acórdão. Tanto pode atuar no sentido da responsabilidade pessoal do controlador por dívidas da sociedade controlada, como na responsabilidade da sociedade por dívidas do controlador. O requisito necessário para estabelecimento da desconsideração resume-se na confusão de patrimônios.¹⁵¹

Aliás, em sua fundamentação, o referido acórdão (AI 155.854-4/8-SP-7ª Câmara de Direito Privado, j. 20/11/2000) bem esclarece a matéria:

Verificada a possibilidade de se desconsiderar a pessoa jurídica, quando houver confusão patrimonial, segue-se que isto pode acontecer, por uma questão lógica, sob dois prismas, conforme a finalidade perseguida. Com efeito, ou se deixa de lado a personalidade jurídica para se atingir o patrimônio individual de seu controlador, ou, pelo contrário, em virtude de um ato deste, ou inspirado por ele, atinge-se o patrimônio daquela. Também aqui aplica-se a mesma concepção doutrinária, uma vez que, a respeitar-se a personalidade jurídica da sociedade, o patrimônio desta responderia exclusivamente pelas obrigações sociais.¹⁵²

6.6.2 Em síntese, consoante observa PAOLA MANES, na categoria unitária de ocorrências concernentes à essência do conceito de pessoa jurídica, é possível distinguir duas subespécies de casos: aqueles em que os membros da pessoa jurídica são considerados responsáveis pelas obrigações da entidade e aqueles em que a sociedade é chamada a responder pelos débitos dos seus sócios. Observa, ainda, que a maior dificuldade lógica e técnico-jurídica é atingir a sociedade para o adimplemento de obrigações contraídas por seus acionistas de controle, porquanto o capital social, diversamente daquele pessoal dos sócios, é especificamente destinado a um escopo determinado e caracterizado por um vínculo de destinação: o exercício da empresa social.¹⁵³

6.7 Finalmente, cumpre ter presente que, entre as questões mais delicadas postas pelo abuso da personalidade jurídica, encontra-se o abuso perpetrado por quem não seja sócio, nem administrador de direito. Adverte NADIA ZORZI que para enfrentar esta, assim como outras questões análogas, resta aprofundar as técnicas existentes, inclusive as razões justificativas, os critérios e as modalidades de aplicação da técnica, mais atual, que afasta o desdobramento jurídico da personalidade que não seja efetivo e real por lhe faltarem os fundamentos.¹⁵⁴

7 As diversas técnicas de repressão ao abuso da personalidade jurídica

¹⁵¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Falência – desconsideração da personalidade jurídica. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 39, n. 120, p. 171, out./dez. 2000.

¹⁵² *Ibidem*, p. 167.

¹⁵³ MANES, Paola, op. cit., p. 727.

¹⁵⁴ ZORZI, Nadia, op. cit., p. 1080-1081.

7.1 Ao iniciar este item, pode-se asseverar que as questões anteriores foram examinadas sobretudo como pré-requisitos do desenvolvimento do tema ora proposto. Destarte, presentes as considerações antes expandidas, notadamente nos itens 3 e 4, quanto à estrutura e à função ideológica do conceito de pessoa jurídica, cabe agora somente, à guisa de introdução, referir a síntese conclusiva de GALGANO no tocante à função que aquele conceito assume na dogmática jurídica:

Serve ele para ocultar a existência de disciplinas especiais; é o instrumento conceitual que permite reconduzir aos esquemas do direito comum a disciplina especial que, em derrogação ao direito comum, a lei sujeita os membros do grupo.¹⁵⁵ Mas o fenômeno jurídico, que estas superestruturas dogmáticas tendem a ocultar, resta sempre a concessão legislativa de ‘alguns privilégios, de alguma derrogação aos princípios comuns’: reconhecer ao grupo a personalidade jurídica significa, tecnicamente, conceder aos seus membros isenção ao direito comum.¹⁵⁶

7.2 Acrescenta GALGANO que:

Os mesmos juristas, que ainda hoje acolhem a construção tradicional, manifestam sua insatisfação quando lamentam os abusos a que o ‘escudo’ da pessoa jurídica pode, concretamente, se prestar; quando denunciam as finalidades ilícitas que, ao abrigo desse ‘escudo’, são buscadas, ou as situações manifestamente iníquas que, com o auxílio dele, vêm sendo perpetradas. Foi elaborada, então, - qual instrumento para a repressão dos abusos - a técnica denominada da ‘superação do escudo da personalidade jurídica’: técnica que tende a contemporizar a concepção tradicional da pessoa jurídica, qual distinto sujeito de direito, com a oportunidade de eliminar os inconvenientes que essa concepção enseja. Tal técnica contém-se na assertiva segundo a qual, ‘embora a pessoa jurídica seja, de regra, sujeito nitidamente distinto dos seus membros, a sua subjetividade deve, todavia, em certos casos e sob certas condições, ser posta de lado’; ou naquela, dirigida ao juiz, segundo a qual, ‘quando da forma legal de pessoa se tenha abusado, o juiz deve, para frustrar o abuso, desconsiderar a nítida separação entre membro e corporação.’¹⁵⁷

Continua o jurista:

Acaba-se, por esse modo, utilizando o instrumento da *factio iuris*; simula-se, para reprimir determinadas situações jurídicas julgadas iníquas, que os direitos ou as obrigações da pessoa jurídica são direitos e obrigações das pessoas físicas dos seus membros. Ocorre, então, que na teoria da pessoa jurídica, surgida como uma *factio iuris*, se insere uma nova ficção, igual e contrária à precedente, voltada a neutralizar os efeitos da primeira.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Explicita GALGANO a sua lição invocando os arts. 2740 e 2325 do Codice Civile. O primeiro, como o art. 591 do nosso CPC, sanciona o princípio geral da ilimitada responsabilidade patrimonial; o último dispõe que pelos seus débitos responde somente a sociedade por ações (pessoa jurídica) com o seu patrimônio. A responsabilidade limitada do acionista se transforma, assim, em aplicação do princípio geral: torna-se possível argumentar que, sendo a sociedade pessoa distinta dos sócios, estes não respondem pelos débitos daquela pela mesma razão que o Sr. A não responde pelas obrigações do Sr. B. Mas a pessoa jurídica está sujeita ao princípio geral da ilimitada responsabilidade patrimonial (GALGANO, Francesco. **Tratato de diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia**, op. cit., p. 108; nota 87, supra).

¹⁵⁶ GALGANO, Francesco. **Il diritto privato fra Codice e Costituzione**, op. cit., p. 93. (traduzido)

¹⁵⁷ Ibidem, p. 93-94. (traduzido)

¹⁵⁸ Ibidem. (traduzido)

Indaga o mesmo autor: “Mas por que conservar esse inútil abraço conceitual? Por que simular como verdadeiro o que se tinha, inicialmente, pressuposto como verdadeiro?”¹⁵⁹ E aduz:

Ao expediente da *fictionis iuris* essa doutrina recorre como único instrumento capaz de reprimir os abusos, pela convicção de que a pessoa jurídica seja efetivamente ‘sujeito nitidamente distinto de seus membros’. Mas na mesma doutrina não é difícil distinguir-se – como em toda doutrina que se exprima em termos de *fictiones iuris* – o primeiro passo rumo ao reconhecimento de uma nova realidade.¹⁶⁰

Conclui que, assim como o passo ulterior à doutrina da ficção de Savigny foi, no século XIX, a afirmação da existência real das pessoas jurídicas, o passo ulterior hoje prenunciado pela “ficcionalista” teoria da superação é a afirmação de que, por princípio, e não por ficção, os direitos e deveres da pessoa jurídica são direitos e deveres dos membros.¹⁶¹ Ademais, também segundo GALGANO, essa doutrina não soube formular um critério geral para distinguir quando deva ser mantido e quando, ao invés, ser superado o “escudo” da pessoa jurídica: tudo repousa – admitiu-se – sobre idéias de conveniência e de equidade justificadas pelos casos particulares. E isso torna manifesta, em toda sua extensão, a crise do conceito de pessoa jurídica: só a equidade, e não o direito, realizará a exigência de suprimir os lamentáveis abusos enquanto se acreditar na existência, no mundo do direito, de grupos que são sujeitos nitidamente distintos dos seus membros.¹⁶²

7.3 As técnicas de repressão ao abuso da personalidade jurídica são passíveis de ser classificadas naquelas que não importam e naquelas que importam a revisão do conceito de pessoa jurídica.¹⁶³ Situam-se, no primeiro grupo, a denominada “teoria do sócio tirano”, depois batizada de “teoria da falência por extensão”, que remonta à primeira metade dos anos cinquenta do século passado e cuja formulação, na Itália, se deve a Walter Bigiavi;¹⁶⁴ e, também, a técnica sintetizada na expressão “superação do escudo da personalidade jurídica”¹⁶⁵ - (*disregard of the legal entity, veil piercing* ou *lifting the corporate veil* nos países de *common law*; *Durchgriff durch die Rechtspersonlichkeit* na

¹⁵⁹ Ibidem. (traduzido)

¹⁶⁰ Ibidem. (traduzido)

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem, p. 95.

¹⁶³ Ainda que, para PIERO VERRUCOLI, a nenhuma conclusão diversa possa levar o acolhimento de uma ou de outra teoria sobre o significado ontológico da pessoa jurídica. Continua esse autor advertindo que, pela mesma razão em virtude da qual a solução do problema do *lifting the corporate veil* não pode ser derivada das teorias ontológicas (como as de Savigny, Brinz, Gierke, Jhering ...), também não pode ser extraída da análise dos chamados elementos constitutivos dessa “entidade”. A pesquisa deve voltar-se sobretudo para o modo e para as razões justificativas da atribuição da personalidade jurídica por parte do ordenamento a determinadas formas de organização coletiva e, em particular, às sociedades. (VERRUCOLI, Piero. *Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella common law e nella civil law*. Milano: Giuffrè, 1964, p. 5-7).

¹⁶⁴ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 47.

¹⁶⁵ Ibidem.

Alemanha; *levantamiento del velo* na Espanha)¹⁶⁶ – , difundida na Europa através da obra de um autor alemão, Serick, que preconizou sua utilização num sistema diverso,¹⁶⁷ pois sua elaboração tem origem na jurisprudência norte-americana. Na Itália, a mencionada expressão foi empregada em primeiro lugar por Piero Verrucoli.¹⁶⁸ Ambas as técnicas não põem em causa a concepção tradicional da pessoa jurídica qual sujeito de direito distinto de seus membros. Tampouco contestam que os débitos da sociedade se configuram como débitos de um sujeito distinto dos sócios.

7.3.1 Para a teoria do empresário oculto e sua aplicação, como teoria do sócio tirano, às sociedades de capitais, não se trata de superar o “escudo” da personalidade jurídica: sócio e sociedade continuam sempre, ainda quando o primeiro abuse do “escudo” atribuído pela segunda, sujeitos de direito entre si distintos. Afirmar a responsabilidade do sócio tirano¹⁶⁹ significa, para Bigiavi, chamar um sujeito para responder pelos débitos de outro sujeito.¹⁷⁰ Essa doutrina parte da idéia de que relativamente à atividade empresarial não se aplica o princípio geral estabelecido no livro IV do Código Civil italiano, segundo o qual o mandato, se é sem representação, vincula somente o mandatário (art. 1705).¹⁷¹ Mas se aplica um princípio especial: o

¹⁶⁶ GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 123; RODA, Carmen Boldò, op. cit., p. 258. RUBENS REQUIÃO traduz as expressões inglesas como “desconsideração da personalidade jurídica”, ou, ainda, como “desestimação da personalidade jurídica”, “correspondente à versão espanhola que lhe deu o Prof. Polo Diez, ou seja, *desestimación de la personalidad jurídica*. *Lifting the corporate veil* seria o ‘levantamento’ ou ‘descerramento do véu corporativo’, ou ‘da personalidade jurídica’. Segundo ainda o Prof. Polo Diez, a expressão *disregard of legal entity* é o equivalente mais próximo da ‘doutrina da penetração’ da personalidade jurídica, da moderna jurisprudência germânica.” (REQUIÃO, Rubens. *Aspectos modernos de direito comercial*, op. cit., p. 69)

¹⁶⁷ RODA, Carmen Boldò, op. cit., p. 257. Pode-se considerar Rolf Serick o principal sistematizador da teoria da desconsideração, em sua tese de doutorado defendida perante a Universidade de Tübingen, em 1953. Antes dele, alguns outros autores já se haviam dedicado ao tema, como, por exemplo, Maurice Wormsen, nos anos 1910 e 1920 (COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 36). Ver WORMSER, *Disregard the corporate fiction and allied corporation problems*, New York, 1927; SERICK, *Rechtsform und Realität juristischer Personen*, Tübingen, 1956. Segundo TONELLO, a expressão *piercing* (ou *lifting*) *the corporate veil* tornou-se de uso comum entre os operadores do direito norte-americanos depois que, no início do século XX, Wormser a empregou no título de um artigo fundamental sobre o tema da desaplicação do princípio da responsabilidade limitada, denominada *Piercing the Veil of Corporate Entity*. (op. it., p. 82 e nota 34)

¹⁶⁸ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 47. É clássica a monografia do Prof. Verrucoli citada na nota 163, supra.

¹⁶⁹ BRUNO INZITARI nota que a jurisprudência italiana tem se utilizado de expressões de Walter Bigiavi para caracterizar o sócio tirano, como aquele que “com absoluto desprezo das regras fundamentais do direito societário, degrada a sociedade a seu mero instrumento”; que através da “confusão de patrimônios” utiliza a sociedade como coisa própria (INZITARI, Bruno, op. cit., p. 683). De sua vez, TONELLO lembra que Bigiavi preocupou-se com estabelecer a distinção entre “tirania” e a posição de “soberania simples”, sendo aquela, em última análise, o abuso da posição de controle da sociedade definida como soberania (TONELLO, Matteo, op. cit., p. 52).

¹⁷⁰ GALGANO, Francesco, *Tratatto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 121.

¹⁷¹ Ensina PONTES DE MIRANDA que, no direito brasileiro, “as regras jurídicas da comissão não podem ser invocadas, de ordinário, a propósito do mandato em nome próprio.” Todavia, a espécie para a qual há a regra jurídica do art. 1307 do Código Civil de 1916 “é de algo que se parece, ‘nos resultados’, com a comissão, sem que seja comissão” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, op. cit., 1963, tomo XLIII, § 4723, n. 6, p. 297). O art. 663 do novo Código contém regra análoga à do referido art. 1307. Porém, ao regular a comissão nos arts. 693 a 709, o novo Código aproxima-se do sistema italiano, segundo o qual comissão é o nome do mandato sem representação que tem por objeto a aquisição e venda de bens por conta do comitente, pelo comissário, que age em nome próprio (C. Civ., art. 1731). A comissão refere-se, assim, somente a negócios de compra-e-venda. (TRABUCCHI, Alberto. *Istituzione di diritto civile*. Padova: CEDAM, 1986, p. 779-783)

mandato atribuído pelo empresário oculto a seu testa-de-ferro é vinculante para o próprio mandante. Tal princípio encontraria confirmação notadamente no art. 147, al. 2ª, da Lei de Falências italiana, que sujeita expressamente à falência o sócio oculto de uma sociedade ostensiva. Ele vai à falência juntamente com a sociedade.¹⁷² A teoria bigiaviana pressupõe uma precisa situação-tipo, que é aquela da dissociação entre a pessoa em nome da qual a empresa é exercida e a pessoa que, de fato, desempenha, embora permanecendo nos bastidores, a atividade empresarial e a sustenta financeiramente. A idéia de dissociação subjetiva em que se apóia essa doutrina conserva-se em sua aplicação como teoria do sócio tirano, que não é senão a utilização da tese do empresário oculto em uma situação ainda mais específica: aquela em que a pessoa que serve de testa-de-ferro não é uma pessoa física, mas uma pessoa jurídica. Enfim, é a teoria para a qual o empresário oculto é responsável pelos débitos de outra pessoa, no caso a pessoa jurídica qual sujeito distinto de seus membros.¹⁷³

7.3.2 Informa GASTONE COTTINO que a teoria bigiaviana não teve grande sucesso. Rejeitada pela maioria da doutrina (de Ascarelli a Ferri), foi inicialmente acolhida por alguns julgados, depois abandonada pela Cassação.¹⁷⁴ A ela, TONELLO apresenta críticas, que podem ser assim sintetizadas: Bigiavi afirma que o art. 147, al. 2ª, da Lei de Falências é expressão de um princípio jurídico comum em matéria de empresa. Antes, pois, de procurar a solução de um problema específico do fenômeno societário no campo especial do direito que é, para o caso, o direito das sociedades, vale-se de um princípio de caráter geral, aplicando-o a um setor jurídico que, na verdade, se funda sobre regras diversas. Tal operação só se torna possível porque em sua base está aquele raciocínio que transforma conceitualmente um sistema objetivo de normas numa entidade jurídica em si existente. Mas, adverte o mesmo autor, Bigiavi está ciente de que a questão do abuso da responsabilidade limitada prende-se à violação das regras especiais de organização de determinados tipos de sociedade, tanto que elabora a noção de tirania justamente sobre a idéia do desprezo das referidas regras por parte do sócio. Nada obstante, busca no direito comum, mais precisamente nas relações entre mandante e mandatário, a solução para um problema jurídico que diz respeito às relações entre regulamento geral da empresa e regulamentos especiais das sociedades de capitais.¹⁷⁵

7.3.3 Igualmente as técnicas conhecidas nos países de *common law*, como do *lifting the corporate veil*, não põem em discussão que a pessoa jurídica seja sujeito de direito distinto dos seus membros.

¹⁷² ZORZI, Nadia, op. cit., p. 1066-1067. A Lei de Falências brasileira, em seu art. 5º, adotando solução que mereceu acerbas críticas do Prof. Waldemar Ferreira, dispõe que "os sócios solidários e ilimitadamente responsáveis pelas obrigações sociais não são atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida. Aos mesmos sócios, na falta de disposição especial desta lei, são extensivos todos os direitos e, sob as mesmas penas, todas as obrigações que cabem ao devedor ou falido." (REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito falimentar*. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, n. 29, p. 47)

¹⁷³ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 53-54.

¹⁷⁴ COTTINO, Gastone. *Diritto commerciale*. Padova: CEDAM, 1987, v. I. tomo II, p. 295.

¹⁷⁵ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 53-54.

A sua peculiaridade consiste, ao invés, na asserção segundo a qual, embora a pessoa jurídica seja, de regra, sujeito nitidamente distinto de seus membros, a sua subjetividade deve, todavia, em determinados casos e sob certas condições, ser afastada. A exigência que move essas doutrinas é evitar o abuso, por parte dos membros do grupo, dos benefícios que alcançam quando a esse é reconhecida a personalidade jurídica: o instrumento de repressão adotado consiste, justamente, em ‘romper ou erguer o véu’ da personalidade jurídica (*to pierce* ou *to lift the corporate veil* diz-se nos países de língua inglesa), e em ‘apanhar através’ da abertura (*durchgreifen* dizem os alemães) os homens que se ocultam atrás do véu.¹⁷⁶

7.3.4 As críticas formuladas a essas doutrinas, entre outros por FRANCESCO GALGANO¹⁷⁷ e CARMEN BOLDÒ RODA,¹⁷⁸ enfatizam a dificuldade de nelas encontrar um critério geral que permita individualizar os casos e as condições de superação da personalidade jurídica; um critério que possibilite estabelecer quando deva ser depreciada e quando, ao invés, mantida a nítida separação da pessoa jurídica do seu substrato. No que concerne especificamente à limitação da responsabilidade, não se investigam as razões justificativas do fenômeno. Tudo fica a depender da discricção do legislador e da jurisprudência, tudo repousa sobre idéias de conveniência e de equidade legitimadas pelos casos particulares. E à objeção de que esses princípios são vagos e incertos replica-se que não poderia ser de outro modo, em se tratando de princípios fundados sobre a justiça e sobre a equidade.¹⁷⁹

7.4 De acordo com os autores que representam a corrente mais crítica, o único modo de superar o mencionado estado de incerteza é rever o próprio conceito de pessoa jurídica. Torna-se necessário abandonar toda a concepção formalista e voltar-se para uma concepção nominalista daquela, considerá-la um mero instrumento lingüístico e definir quais são as condições de sua utilização.¹⁸⁰ Enfim, é preciso partir da verdadeira natureza do

¹⁷⁶ GALGANO, Francesco. *Tratatto di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 123-124. (traduzido)

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 124-125.

¹⁷⁸ RODA, Carmem Boldò, op. cit., p. 257. Esclarece a mesma autora que, como ocorre no âmbito do direito comparado, a doutrina espanhola se encontra dividida sobre o tema do *levantamiento del velo* em duas tendências contrapostas. De um lado, a dos autores que a rechaçam, sustentando que, se se partir de uma concepção nominalista da pessoa jurídica, todos os casos tradicionais podem ser resolvidos através de simples processos de interpretação adequada e de aplicação finalista das normas. De outro lado, encontra-se a parcela da doutrina espanhola que acolhe a técnica do *levantamiento del velo*, embora destacando o seu caráter excepcional e a necessidade de estabelecer um critério geral que atenua a incerteza jurídica ocasionada pela sua aplicação. Frente à impossibilidade de encontrá-lo, procede-se à organização de “grupos de casos”, dos quais se extrai a classificação, originária da doutrina alemã e adotada por grande parte da doutrina espanhola, que distingue entre: confusão de patrimônios (*Vermögenvermengung*); direção externa (*Fremdststeuerung*); infra-capitalização (*Unterkapitalisierung*) e abuso da pessoa jurídica em fraude à lei ou com inadimplemento de obrigações contratuais. (*Ibidem*, p. 259-260)

¹⁷⁹ Nada obstante, segundo TONELLO, o papel da equidade pode ser enganoso para o jurista continental, que se arrisca a explicar toda a operação de *piercing the veil* como uma técnica puramente equitativa, quando sua essência está numa operação de escolha da norma aplicável. Nos Estados Unidos, o juiz, frente a um provável abuso da responsabilidade limitada no campo societário, decide se está, no caso concreto, na área do direito comum (em que se aplica a regra geral da responsabilidade ilimitada), ou naquela do direito especial das *business corporations* (regida pela *limited liability*). Uma vez feita essa escolha, ele aplica o regime jurídico coerente com sua conclusão a respeito da qualificação da *fattispecie*. Do que se infere que o *piercing the veil* consiste na aplicação de um direito objetivo e não, propriamente, num juízo conforme a equidade. Esta é o instrumento que permite ao juiz a escolha da norma aplicável. (op. cit., p. 58)

¹⁸⁰ RODA, Carmen Boldò, op. cit., p. 257.

conceito de pessoa jurídica, ter consciência de que a subjetividade jurídica das organizações coletivas não é da mesma natureza da do homem, e que toda proposição formulada com referência às pessoas jurídicas é traduzível numa proposição formulada com referência às pessoas físicas que as compõem ou que agem em seu nome.¹⁸¹ Tal consciência permite evitar os abusos da personalidade jurídica mesmo no âmbito de um juízo segundo o direito e sem recorrer às técnicas de que se vale a jurisprudência dos países anglo-saxões no exercício dos seus poderes de equidade.¹⁸²

7.5 Após mencionar a predominância, durante a primeira metade do século XX, da tese tradicional da subjetividade autônoma das pessoas jurídicas, aponta TONELLO três fases fundamentais do pensamento jurídico continental no tocante ao desenvolvimento das doutrinas denominadas negativistas ou reducionistas.¹⁸³ Essas, embora apresentem peculiaridades e diversidades, têm em comum o axioma segundo o qual, ainda quando exista uma pessoa jurídica, os verdadeiros sujeitos do direito são os seres humanos que dela se valem: na hipótese de associação, os associados; na de fundação, os seus administradores e os seus beneficiários; na de sociedade, os sócios.¹⁸⁴

7.5.1 As primeiras formulações significativas do desconhecimento da pessoa jurídica foram elaboradas e propostas até o final do século XIX pelo flamengo van der Heuvel (“teoria dos direitos individuais privilegiados”) e pelo francês Marqués de Vareilles-Sommières. Ambas as teorias partem do destaque de Jhering a que os verdadeiros sujeitos de direito são as pessoas físicas membros da coletividade e que a pessoa jurídica é somente uma máscara que aquelas vestem para ocultar sua face.¹⁸⁵

Enquanto para a primeira teoria é o legislador quem fornece a máscara da pessoa jurídica, obviamente com a finalidade de facilitar a prática dos negócios, para a última tal máscara é de criação puramente doutrinária: é a doutrina que, *pour les seuls besoins de la pensée et du langage*, imagina a existência de um ente titular de direitos e obrigações em realidade pertinentes a pessoas físicas.¹⁸⁶

¹⁸¹ O denominado princípio de redução consiste em considerar que as relações atribuídas às pessoas jurídicas se traduzem em relações concernentes aos seus membros (BASILE, Massimo e FALZEA, Angelo, op. cit., p. 260)

¹⁸² GALGANO, Francesco. *Tratato di diritto commerciale e di diritto pubblico nell'economia*, op. cit., p. 125.

¹⁸³ BASILE e FALZEA distinguem as três fases, nelas situando, primeiramente, a “teoria dos direitos individuais privilegiados” (van der Heuvel) e a “teoria da ficção doutrinária” (Vareilles-Sommières), influenciadas pelo pensamento de Jhering; após, as perspectivas “normativistas”, em que se destacam Kelsen e Ascarelli, este último qualificado como um jurista eminentemente realista; finalmente, sob a influência da filosofia analítica ou da análise da linguagem, situam, na terceira fase, as perspectivas “nominalistas”, com as contribuições de Hart, Scarpelli, d’Alessandro, Francesco Galgano e Guido Rossi (op. cit., p. 251 e ss.)

¹⁸⁴ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 176-177. Daqui a tendência de qualificar essas doutrinas também como individualistas (BASILE, Massimo e FALZEA, Angelo, op. cit., p. 251, nota 88)

¹⁸⁵ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 177-178. (traduzido). BASILE e FALZEA salientam o destaque de Jhering a que as pessoas jurídicas são privadas de capacidade porque não têm nem interesses, nem escopos. (op. cit., p. 251)

¹⁸⁶ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 178-179.

7.5.1 Para o sucesso das doutrinas negativistas na segunda parte do século XX, contribuíram sobremaneira as sucessivas reconstruções do conceito de pessoa jurídica sob enfoque normativista. Essas, comparativamente às anteriores, encontram fundamento em premissas filosóficas mais sólidas e sofisticadas, mais precisamente nos postulados da doutrina pura do direito da Escola de Viena, cujo expoente máximo é Kelsen.¹⁸⁷ A concepção kelseniana da pessoa (física ou jurídica) a “reduz” inteiramente à “porção subjetiva da norma jurídica”: porque no mundo jurídico não há senão normas ou sistemas de normas, a pessoa, para ter cidadania nesse mundo, não pode, de sua vez, ser concebida senão como um sistema de normas.¹⁸⁸ GALGANO situa Kelsen como aquele, entre os juristas contemporâneos, mais próximo das posições extremas, que pretendem banir da linguagem jurídica a noção de pessoa jurídica e converter toda proposição, em que essa noção é utilizada, numa proposição que dela prescindia. Todavia, Kelsen não pode deixar de admitir que esse conceito auxiliar é particularmente útil.¹⁸⁹

7.5.2 A resultados análogos chega TULLIO ASCARELLI, ao elaborar uma concepção puramente normativista do conceito de pessoa jurídica.¹⁹⁰ Para ele, a pessoa jurídica não constitui uma “classificação tipológica da realidade”, mas uma entidade puramente verbal ou conceitual, “expressão sintetizadora de uma determinada disciplina normativa”. Como tal, indica somente um dos conjuntos de regras obtidas pelo jurista nos dados normativos. “Retomando uma frase de Jhering, pode-se então dizer”, escreve ASCARELLI, “que uma pessoa jurídica é, na linguagem jurídica, algo análogo ao parêntese na linguagem algébrica.”¹⁹¹ Reconhece que a extinção do parêntese é, em geral, inoportuna, justamente porque ele permite uma expressão simples e ágil de uma disciplina normativa extremamente complexa, que, de outra forma, se poderia exprimir apenas de maneira menos simples. Importante é – acrescenta ASCARELLI – evitar-se efetuar uma transposição por certo não justificada logicamente, isto é, supor que a distinção entre a pessoa jurídica e seus membros seja da mesma natureza daquela ocorrente entre o Sr. “A” e o Sr. “B” e que, por isso, a pessoa jurídica constitua efetivamente, em relação aos próprios membros, um homem diverso.¹⁹²

¹⁸⁷ Ibidem, p. 181.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 180. Observam BASILE e FALZEA que a premissa de Kelsen, de que a pessoa jurídica constitui um “ordenamento personificado”, não o leva a excluir inteiramente que ela seja um sujeito de direito, naturalmente no sentido em que se pode falar de sujeito de direito segundo Kelsen (op. cit., p. 255). A respeito da revisão crítica do conceito de pessoa jurídica, ver FÁBIO KONDER COMPARATO, op. cit., especialmente n. 99 a 113, p. 247-282.

¹⁸⁹ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*, op. cit., p. 95-96.

¹⁹⁰ Ainda que não parta das mesmas premissas de Kelsen (BASILE, Massimo e FALZEA, Angelo, op. cit., p. 257)

¹⁹¹ apud TONELLO, Matteo, op. cit. p. 181 a 183. Tal analogia, compartilhada por juristas como JOAQUÍN GARRIGUES (*Problemas atuais das sociedades anônimas*, op. cit., p. 39), foi criticada por GIOVANNI PELLIZZI, segundo o qual o parêntese algébrico indica só uma ordem a seguir no desenvolvimento das operações e não abrevia nada (TONELLO, Matteo, op. cit., p. 183, nota 21)

¹⁹² GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*, op. cit., p. 96. COMPARATO destaca a sensível influência exercida no espírito de Ascarelli pelos especialistas da linguagem jurídica, que vêm, de há muito, denunciando o mito das “naturezas jurídicas”, e procurando restringir a indagação do jurista a um esclarecimento dos termos empregados na norma (COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 260).

7.5.3 Registra TONELLO que com os anos cinquenta do século passado inaugura-se a terceira fase das doutrinas negativistas, que renovam sobretudo suas premissas filosóficas: na base das mais recentes elaborações que se costuma definir como nominalistas,¹⁹³ não mais se encontra a concepção do direito da Escola de Viena, mas a filosofia analítica ou da análise da linguagem.¹⁹⁴

7.5.4 As primeiras contribuições na perspectiva nominalista a ter repercussão provêm do inglês Hart, que parte dos pressupostos gerais da filosofia analítica.¹⁹⁵ Para ele, a necessidade de uma mudança metodológica decorre da circunstância de não possuírem os termos jurídicos aquela conexão direta e imediata com as realidades de fato a si correspondentes, que a maior parte das palavras da linguagem ordinária possui, e às quais recorreremos justamente para definir o sentido ordinário das palavras. Em suma: não há nada que corresponda diretamente a termos jurídicos como pessoa jurídica, posse, direito subjetivo, etc. Se isso é verdade – indaga-se então o jurista –, de que modo é possível defini-los? Responde que sobretudo é indispensável não os isolar das proposições que os compreendem, e dar-lhes o sentido que deriva da frase inteira em que se encontram.¹⁹⁶ Acrescenta que melhor fará o jurista, antes de perguntar-se sobre a referência dos aludidos termos à realidade, indagar-se a respeito das suas condições de uso em direito. A atenção deve ser concentrada sobre as condições em cuja presença resulta válida uma proposição do tipo: a sociedade Smith deve dez libras esterlinas a White. Isso porque em determinadas situações especiais, definidas por normas jurídicas próprias, há certas normas que são aplicadas ao comportamento

¹⁹³ Segundo COMPARATO, os filósofos matemáticos ou especialistas da linguagem procuraram reelaborar, sistematicamente, as bases expressionalis ou simbólicas do pensamento científico, abandonando qualquer pretensão “essencialista” ou metafísica. Volta-se, assim, de certa maneira, ao nominalismo medieval de Duns Scotus e, sobretudo de Guilherme de Occam, para quem os conceitos, enquanto universais, são meros símbolos sem correspondência na realidade, composta tão só de “individua” (COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 261). Os conceitos que o nosso espírito forja não correspondem a nada real, são simples “nomes”, “*flatus vocis*”, com que designamos um conjunto de coisas que se assemelham entre si ou são facilmente relacionáveis. (GAMBRA, Rafael. **Pequena história da filosofia**. Porto: Tavares Martins, 1978, p. 191)

¹⁹⁴ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 184-185. A esse respeito, o mesmo jurista recomenda o amplo e profundo estudo de ANNA PINTORE – Il concetto di persona giuridica nell’indirizzo filosofico analitico. In: Quaderni Fiorentini. Itinerari della persona giuridica, Milano, 1983, tomo II, p. 721 ss., esp. p. 772-776 – em que fundamenta algumas considerações pertinentes à matéria. Ainda segundo TONELLO, embora problemático atribuir às concepções analíticas um corpo homogêneo de princípios metodológicos, é possível nelas destacar dois postulados fundamentais: a) um “postulado filosófico-gnoseológico” – os analistas da linguagem condenam todo “essencialismo”, todo “conceitualismo”, qualquer forma de convicção de que um conceito jurídico só possa existir enquanto dotado de um significado preciso e de um correspondente na realidade; b) um “postulado metodológico” – a filosofia analítica crítica o método jurídico tradicional de considerar absolutamente necessário resolver antes de mais nada o problema preliminar da “natureza” de um conceito jurídico, o que termina por aprisionar a doutrina no círculo vicioso da contraposição entre teorias (TONELLO, Matteo, op. cit., p. 185-186; nota 23, p. 185).

¹⁹⁵ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 186-187.

¹⁹⁶ BASILE, Massimo e FALZEA, Angelo, op. cit., p. 257.

individual de uma maneira diversa (embora análoga) daquela em que essas mesmas normas são aplicadas aos indivíduos, que não se encontram em tais situações particulares.¹⁹⁷

7.5.5 As maiores contribuições às doutrinas nominalistas a ciência jurídica italiana deve a FLORIANO D'ALESSANDRO e FRANCESCO GALGANO, os quais desenvolvem os enunciados gnoseológicos e de método da filosofia analítica na direção individualista já indicada por Kelsen e Ascarelli. De sua vez, repetem que inexistente qualquer ficção ou “macroantropo” e que só ao homem individual e concreto é sensato atribuir um comportamento, pois que somente ele é sujeito de direito. Ademais, também consoante TONELLO, esses autores não só reforçam que a pessoa jurídica não é senão uma metáfora da linguagem, mas também denunciam o seu efeito enganoso, além de deturpador do modo de conceber a fenomenologia do direito societário.¹⁹⁸

7.5.6 Para D'Alessandro, a norma que atribui um comportamento a uma pessoa jurídica, dada a unicidade do sujeito de direito, ou é uma norma carecedora de sentido, ou necessariamente deve ser considerada uma “norma incompleta” que, como tal, “deve ser completada”. E essa função integradora é cumprida pelas normas sobre a organização interna do grupo que, em última análise, servem para particularizar os indivíduos a que, concretamente, se refere, de início, a norma incompleta. Desse raciocínio D'Alessandro deduz que o procedimento de imputação de situações subjetivas às pessoas jurídicas é, na realidade, um “procedimento de imputação em dois tempos”, que se reduz enfim, sempre e de qualquer modo, na imputação das mesmas situações subjetivas às pessoas humanas.¹⁹⁹ Mas, adverte TONELLO, deve-se estar atento para não confundir, sob esse aspecto, o pensamento de D'Alessandro com o de Kelsen, porquanto o procedimento de que fala o primeiro não realiza uma mera transposição mecânica de situações subjetivas da pessoa jurídica às pessoas físicas. Encontramo-nos, assim, em face de um individualismo aperfeiçoado e mais sofisticado.²⁰⁰ Outras considerações a respeito do pensamento de D'Alessandro serão desenvolvidas a seguir, a partir do exame da contribuição de Galgano, dada a influência daquele nas concepções deste último.

7.5.7 Dentre as obras de autores de direito continental, destacam-se sobretudo os estudos de Francesco Galgano, que, na matéria, sofreu a influência não só da filosofia analítica, mas também do normativismo ascarelliano.²⁰¹ De sua doutrina, em que procura os fundamentos para a superação dos abusos da personalidade jurídica nos sistemas de

¹⁹⁷ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 187. Ainda de acordo com Hart, para definir a pessoa jurídica não há necessidade de recorrer a uma teoria, nem àquele tipo de teoria segundo o qual os enunciados referentes a pessoas jurídicas seriam “abreviações”, e poderiam ser traduzidos em enunciados referentes a pessoas físicas. Nesse sentido, também a teoria “individualista” comete o erro de procurar elaborar uma paráfrase ou tradução em outros termos, dos enunciados concernentes a pessoas jurídicas, ao invés de especificar as condições em que tais enunciados resultam verdadeiros, e o modo em que são utilizados (BASILE, Massimo e FALZEA, Angelo, op. cit., p. 258).

¹⁹⁸ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 190-191. Ver nota 184, supra.

¹⁹⁹ *Ibidem*, nota 38, p. 191-192.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 192.

²⁰¹ BASILE, Massimo e FALZEA, Angelo, op. cit., p. 262.

civil law, pode-se encontrar preciosas sínteses em duas de suas obras,²⁰² ainda que a sua preocupação com o tema o tenha levado a tratá-lo em diversas outras publicações. Partindo, com fundamento em D'Alessandro, da natureza lingüística do fenômeno da pessoa jurídica, prossegue afirmando que:

Não se pode – como pretendido no curso dos últimos cem anos – definir o que seja uma pessoa jurídica; e não se pode fazê-lo pela ausência de qualquer coisa que seja ‘correspondente’ a essas palavras, pela razão de que a função primeira dessas palavras não é a de designar ou descrever alguma coisa, mas uma função diversa. Trata-se, segundo a linguagem da filosofia analítica, de um ‘símbolo incompleto’, isto é, ao qual ‘não corresponde nenhum ente’: de um símbolo cuja função não é a de ‘representar’ no plano lingüístico objetos que façam parte do ‘equipamento do mundo’, mas, ao contrário, de permitir a formulação de proposições capazes de, por si, condensarem complicados discursos em torno daqueles objetos. A pessoa jurídica, portanto, é uma entidade que só adquire relevo no cenário jurídico ‘verbalizado’, já que no cenário efetivo ou existencial não existe senão um sujeito de direito: o homem.²⁰³

Assim, ainda segundo GALGANO:

O problema das pessoas jurídicas não consiste, então, em definir o que elas sejam, mas sim o problema da determinação das condições de uso do conceito de pessoa jurídica; das condições em presença das quais ‘resulta verdadeira’ – segundo a expressão de HART – uma proposição do tipo: ‘a sociedade por ações Smith deve dez libras esterlinas a White.’ Tais ‘condições de uso’ são postas por normas jurídicas, por uma certa disciplina jurídica, por um certo tratamento normativo de fatos e comportamentos. E se entende que, ainda quando presentes as condições de uso do conceito de pessoa, o direito regula sempre relações entre homens e sob esse conceito não há nenhum misterioso ‘macroantropo’; como também é incontestável que quando exista uma pessoa jurídica, há entre as atividades de várias pessoas uma coordenação, a cujo propósito não constitui grosseira metáfora falar de organismo.²⁰⁴

Continua o mestre de BOLONHA:

Desse modo, a pessoa jurídica deixa de se apresentar como um ‘escudo’ (*schermo*) que o direito interpôs entre os membros do grupo e os terceiros e que somente a equidade permite, em casos excepcionais, eliminar; um escudo diante do qual deva se deter, inerte, o intérprete que há de julgar segundo o direito. Deixa de aparecer como realidade do mundo jurídico – como uma entidade que nele ocupe a mesma posição do ser humano – para se apresentar como um instrumento da linguagem jurídica, útil

²⁰² GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*, op. cit., p. 97-98; Idem, *Commentario del codice civile*, art. 11-35, editado sob a coordenação de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bologna: Zanichelli Ed., 1969, p. 22-24; p. 37-68.

²⁰³ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*, op. cit., p. 97. (traduzido) Nesta passagem, GALGANO vale-se de citações extraídas de Hart (Contributti all'analisi del diritto. Milão, 1964, p. 54); e de D'Alessandro (Persone giuridiche e analisi del linguaggio, in *Studi per Ascarelli*, p. 64).

²⁰⁴ Ibidem, p. 97-98. (traduzido)

para resumir – e também insubstituível nesta sua função semântica – uma complexa disciplina normativa de relações intercorrentes entre pessoas físicas. O intérprete se utilizará – em conformidade, de resto com a linguagem legislativa – do conceito de pessoa jurídica; mas poderá, sempre que entender oportuno, remontar às normas jurídicas que constituem as ‘condições de uso’ deste instrumento lingüístico: a pessoa jurídica lhe surgirá, então, como uma disciplina especial que, derogando o direito comum, a lei previu para os membros de determinados grupos; encontrar-se-á diante de uma ‘soma de privilégios’ que, ocorrendo pressupostos específicos, o legislador concedeu aos membros. E o intérprete descobrirá que ‘abusar’ da personalidade jurídica – ou seja, tirar proveito ilegítimo da interposição do ‘escudo’ da pessoa jurídica – significa, tecnicamente, gozar da disciplina especial em situações diversas daquelas que justificam a sua aplicação; significa fruir da isenção ao direito comum além dos limites dentro dos quais entendeu o legislador contê-la. O problema da repressão do ‘abuso da personalidade jurídica’ por-se-á, então, nos mesmos termos em que se põe, na experiência cotidiana do intérprete do direito, todo e qualquer problema de aplicação de normas: o intérprete indagará se subsistem, no caso submetido a seu julgamento, os pressupostos de aplicação da disciplina especial resumida na noção de pessoa jurídica e deixará de aplicar essa disciplina especial, restituindo vigência ao direito comum, sempre que tenha dado resposta negativa a esta pergunta.²⁰⁵

7.5.8 Tal concepção, porquanto adequada aos sistemas integrantes da família dos direitos romano-germânicos a que pertence o Brasil, dispensa o recurso a critérios de conveniência e de equidade para possibilitar a repressão ao abuso, por parte de membros do grupo, dos benefícios derivados de reconhecimento da personalidade jurídica.

Para evidenciar o abuso não é preciso ‘rasgar véus’ ou ‘perfurar escudos’: deve-se, em vez disso, individualizar os pressupostos de aplicação da disciplina especial que o legislador concede ao grupo com o reconhecimento da personalidade jurídica e não se aplicará essa disciplina, restituindo vigência ao direito comum, quando se constatar que aqueles pressupostos de aplicação não estão presentes.²⁰⁶

7.5.9 Em suma:

Sob essa ótica, o problema do abuso da personalidade jurídica se manifesta no gozo da disciplina especial além das situações objetivas que justificam a sua aplicação, em fruir da isenção ao direito comum além dos limites que o legislador previu e nos quais quis contê-la. Paralelamente, a repressão ao abuso da personalidade jurídica importa a desaplicação da disciplina especial e o retorno ao direito comum toda vez que faltem os pressupostos que justificam o privilégio normativo.²⁰⁷

²⁰⁵ Ibidem, p. 98. (traduzido)

²⁰⁶ GALGANO, Francesco. *Commentario del codice civile*, op. cit., p. 46. (traduzido)

²⁰⁷ ZORZI, Nadia, op. cit., p. 1074. (traduzido)

7.6 Um exame comparativo entre as diversas teorias conduz – enfatiza TONELLO – a uma alternativa entre uma concepção subjetiva e institucional da sociedade, que impõe ao intérprete a busca de uma razão para a imputação aos sócios de uma atividade empresarial concernente a um sujeito de direito diverso; e uma concepção que, ao contrário, privilegia a atenção ao dado normativo e objetivo e que – reduzindo o fenômeno societário ao grupo de indivíduos que o compõe, além de conceber a disciplina societária como regulamento de direito especial antes que como direito de sujeitos especiais – exige ao intérprete interrogar-se não sobre o motivo para a imputação de relações alheias, mas sobre os critérios para a qualificação da *fattispecie* concreta, se como *fattispecie* de direito especial ou como *fattispecie* de direito comum.²⁰⁸ Prossegue o mesmo autor asseverando que a segunda opção, no rumo mais moderno,²⁰⁹ conjuga a exigência de simplificação dos problemas jurídicos com a propensão por resultados eficazes e mais adequados às exigências mutáveis da economia moderna. A confirmação encontra-se, na Itália, na recente lei sobre sociedade unipessoal de responsabilidade limitada, que, ao estender o benefício da responsabilidade limitada também ao empresário individual, entendeu superar historicamente a experiência da sociedade em que a pluralidade é mera forma.²¹⁰

7.7 Nada obstante, após resenhar as principais teorias “negativistas” ou “reducionistas”, BASILE e FALZEA submetem-nas a um balanço crítico, em que asseveram que, sem diminuir a importância de algumas de suas observações e correções, não parece temerário afirmar que com essas doutrinas a problemática das pessoas jurídicas, ao menos para o jurista “positivo”, não fez grandes progressos. E, distinguindo entre crise do conceito e dificuldade da disciplina, concluem que as mencionadas doutrinas merecem muita atenção se e enquanto exprimem uma denúncia da moderna crise da pessoa jurídica, crise que, todavia, deriva não do suposto erro cometido por quantos a concebem como centro de interesses dotado de subjetividade própria, mas sim de fatores de natureza normativa.²¹¹

8 Tendências jurisprudenciais

8.1 Dispensável enfatizar a importância da jurisprudência na repressão aos abusos da personalidade jurídica. É consabido que a *doctrine* do *piercing corporate veil* foi concebida pelas cortes judiciais americanas como uma possível “válvula de

²⁰⁸ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 253. Nota-se que TONELLO restringe suas observações às sociedades de capitais por predominar na Itália o entendimento que só a elas é reconhecida a personalidade jurídica (item 2.4, supra). Ademais, em consonância com sua preocupação maior, revelada no título de sua obra citada, enfatizada os problemas ligados à utilização abusiva do regime de limitação da responsabilidade, embora, como visto, nem todo abuso da personalidade jurídica ligue-se ao abuso da responsabilidade limitada (itens 6.1 e 6.5, supra).

²⁰⁹ Ainda que não inovador, porquanto já no mundo jurídico romano a “universitas” era entendida não como centro subjetivo de relações jurídicas, mas como complexo de situações jurídicas particulares sempre, porém, imputáveis a uma pluralidade de indivíduos (Ibidem, p. 254).

²¹⁰ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 254. A respeito da limitação da responsabilidade do empresário individual, ver item 5, supra.

²¹¹ BASILE, Massimo e FALZEA, Angelo, op. cit., p. 265 e 274.

segurança” do direito societário, suscetível de neutralizar aqueles casos em que a rígida e apriorística aplicação da *limited liability* produz resultados iníquos. A primeira contribuição doutrinária sobre o tema resultou do estudo de MAURICE WORMSER, professor da Universidade Fordham de Nova Iorque, a respeito da jurisprudência mais significativa dos últimos dois decênios do século XIX e dos primeiros anos do século XX, tendo apresentado os resultados da sua pesquisa num artigo publicado, em 1912, na *Columbia Law Review*.²¹²

8.1.1 A doutrina desenvolvida pelos tribunais norte-americanos foi difundida na Europa pela obra de ROLF SERICK, que daquela partiu para compará-la com a jurisprudência dos tribunais alemães.²¹³ O objetivo da investigação de Serick foi a identificação do critério com base no qual os juízes norte-americanos consideravam-se autorizados a ignorar a separação patrimonial entre sociedade e sócios.²¹⁴

8.1.2 Na Itália, em que se destacam, dentre outras, as importantíssimas contribuições doutrinárias já mencionadas, é particularmente relevante apontar, como subsídio à elucidação de questões que vêm sendo propostas, a repercussão das concepções da doutrina na evolução da jurisprudência.²¹⁵

8.2 Em nosso país, ao fundamentar a sua distinção entre teoria maior e teoria menor da desconsideração, supra apresentada no item 6.3, observa FÁBIO ULHOA COELHO que, valendo-se do método de Serick, antes lembrado (item 8.1.1), a doutrina brasileira, ao se debruçar sobre os julgados relativos ao assunto proferidos pela justiça nacional, deve concluir que alguns juízes se entendem autorizados a desconsiderar o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica tendo por pressuposto unicamente a frustração do credor da sociedade.²¹⁶ Após enfatizar sua crítica à formulação menor, que “não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso de forma”,²¹⁷ assevera o mesmo autor que:

²¹² TONELLO, Matteo, op. cit., p. 132-133. Ver nota 167, supra. CARMEN BOLDÒ RODA igualmente destaca que a reação mais incisiva aos denominados abusos da pessoa jurídica foi a da jurisprudência norte-americana, através da elaboração da *disregard of the legal entity*, também conhecida como *veil piercing* (op. cit., p. 257).

²¹³ RODA, Carmen Boldò, op. cit., p. 257. A obra de Serick foi traduzida para o espanhol pelo professor catalão José Puig Brutau com o título **Aparencia y realidad en las sociedades mercantiles** – El abuso de derecho por medio de la persona jurídica, tendo exercido marcante influência sobre a manifestação pioneira de Rubens Requião, como revelado pelo autor paranaense (REQUIÃO, Rubens. **Aspectos modernos de direito comercial**, op. cit., p. 68)

²¹⁴ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 46.

²¹⁵ GALGANO registra que se viu compelido a quebrar a promessa de não mais voltar a desenvolver o tema atinente às pessoas jurídicas, em razão de ter ressurgido, na jurisprudência italiana, o que ele denomina de “museu dos horrores” (GALGANO, Francesco. **Trattato de diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia**, op. cit., p. 112, nota 17).

²¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 46. Lembra HÉLIO DA SILVA NUNES que “a jurisprudência pátria, especialmente as decisões monocráticas, não se vem ajustando aos pressupostos da teoria reconhecidos pela doutrina”, chegando algumas decisões “a confundir o instituto da Desconsideração com os institutos da extensão da falência ou da extensão dos efeitos da falência”, bem como a aplicar “a Teoria sem qualquer indagação a respeito de ter ou não havido mau uso da pessoa jurídica e ou até mesmo da existência daqueles fatos.” Ressalva, porém, o referido autor que “contrariando a orientação acima retratada, ocorrente em maior número nos juízos monocráticos, encaminha-se a jurisprudência, especialmente de instâncias superiores, para a aplicação da Teoria, nos termos em que a doutrina se vem manifestando, em sua grande maioria.” (A *disregard doctrine* – A falência – A extensão da falência e extensão dos efeitos da falência. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 39, n. 120, p. 32-37, out./dez. 2000.)

²¹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 46.

Para os juízes que adotam a teoria menor da desconsideração, como o desprezo da forma da pessoa jurídica depende, para eles, apenas da insolvabilidade desta, ou seja, da mera insatisfação de crédito perante ela titularizado, a discussão dos aspectos processuais é, por evidente, mais simplista. Por despacho no processo de execução, esses juízes determinam a penhora de bens do sócio ou administrador e consideram os eventuais embargos de terceiros o local apropriado para apreciar a defesa deste.²¹⁸

E esclarece que “A Justiça do Trabalho, mesmo sem previsão legal que a autorize, tem executado em bens do patrimônio dos sócios, indistintamente, as condenações decretadas à sociedade limitada.”²¹⁹

Anteriormente, RUBENS REQUIÃO já se insurgira contra:

certos julgamentos, sobretudo do Tribunal Federal de Recursos, em matéria tributária, nos quais se pretendeu envolver a responsabilidade do sócio-cotista por obrigações fiscais quando a exaustão do patrimônio social não propiciou nenhuma garantia para o pagamento da dívida. Pretendeu-se, nesses casos, promover, com a penhora de bens particulares do sócio, a responsabilidade deste. O Supremo Tribunal Federal, após algumas vacilações, deixou claro que a responsabilidade do sócio somente se torna ilimitada, quando resultar de ato infrator da lei ou do contrato. A sociedade que deixa de pagar tributos por impossibilidade econômico-financeira, pelo fato de sua insolvência, não acarreta a responsabilidade ilimitada dos sócios, de vez que não houve a ocorrência de fraude, violação da lei ou do contrato.²²⁰

Argumenta, ainda, o mesmo jurista que “A responsabilidade do sócio gerente deflui não só da impossibilidade da sociedade pagar o credor, mas da ilegalidade ou fraude que o sócio praticar na gerência. Essa a doutrina dominante.”²²¹

8.2.1 Tais manifestações são confortadas por jurisprudência invocada por THEOTONIO NEGRÃO, no sentido de que “os bens particulares dos sócios, uma vez

²¹⁸ *Ibidem*, p. 56. A respeito da matéria, ao admitir que na execução fiscal ajuizada contra sociedade por cotas pode o processo ser redirecionado contra o sócio-gerente, entendeu a 2ª Turma do STJ que, na hipótese, aquele “deve ser preliminarmente citado em nome próprio para se defender da responsabilidade imputada, cuja causa o credor deve traduzir em petição clara e precisa.” (RSTJ, 81/759, apud NEGRÃO, Theotonio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. São Paulo: Saraiva, 2002, nota 3b ao art. 4º da Lei 6.830/80) Embora a confusão ainda corrente no âmbito do direito pretoriano, arrola HÉLIO DA SILVA NUNES, entre os pressupostos que já considera fixados para a incidência da teoria de desconsideração, a garantia do contraditório e da ampla defesa a quem será atingido por aquela, se não através de um processo próprio de conhecimento, ao menos sendo-lhe facultada ampla defesa no processo incidental em que se pretenda a aplicação da teoria, mostrando-se, para tanto, insuficiente a defesa a *posteriori*, quer via recurso, quer por embargos (op. cit., p. 38).

²¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 407.

²²⁰ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, op. cit., n. 273, p. 360. Com efeito, o STF reconheceu que “os bens particulares do sócio não respondem por dívida fiscal da sociedade, salvo se houver prática de ato com excesso de poder ou infração de lei.” (NEGRÃO, Theotonio, op. cit. nota 5 ao artigo 4º. da Lei 6.830/80)

²²¹ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, op. cit., n. 277, p. 363.

integralizado o capital da sociedade por cotas, não respondem pelas dívidas desta, nem comuns, nem fiscais, salvo se o sócio praticou ato com excesso de poderes ou infração da lei, do contrato social ou dos estatutos (RTJ 85/945; tb. RTJ 82/936, 101/1263, 112/812). Cabe ao exequente a prova da conduta faltosa do sócio (RT 501/140, 501/142), e a este a de que integralizou sua cota (RF 258/264, maioria, Lex. JTA 150/212).²²²

8.2.2 No tocante aos sócios-gerentes, ainda que recente decisão da 2ª Turma do STJ tenha reconhecido a predominância da tese de que o não-recolhimento de tributo não constitui, por si só, infração à lei suficiente a ensejar a responsabilidade solidária, há acórdãos em sentido contrário entendendo que, no caso, tal responsabilidade é objetiva, bastando a falta de recolhimento de tributos devidos pela empresa.²²³ Impõe-se ter presente, ao considerar esses entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a distinção entre a aplicação da teoria da desconsideração e a de norma legal que, sem suspender a personalidade jurídica da sociedade, prevê expressamente a responsabilidade solidária ou subsidiária de sócios ou administradores (item 6.2, supra).

8.2.3 De outra parte, constata-se que o Superior Tribunal de Justiça tem, de regra, acolhido a teoria da desconsideração da personalidade jurídica em sua formulação maior, segundo a classificação antes lembrada (item 6.3, supra), condicionando a sua aplicação à comprovação dos respectivos pressupostos: “o juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros.”²²⁴

8.3 Na incursão pela jurisprudência estrangeira, há de se iniciar por aquela em que teve origem a *disregard doctrine*: a jurisprudência norte-americana. A crítica a seu respeito (item 7.3.4, supra) pode ser recapitulada com a síntese exposta por COMPARATO:

Ela tem se ressentido de um grande casuísmo, verdadeiramente insatisfatório para um sistema jurídico do tipo romano-germânico, sem dúvida porque se trata, em sua maior parte, de uma criação jurisprudencial, na linha de influência da *equity*²²⁵ e de

²²² NEGRÃO, Theotonio, op. cit., nota 3 ao art. 596 do CPC. A 2ª turma do STJ julgou ser “impossível a penhora dos bens de sócio que jamais exerceu a gerência, a diretoria ou mesmo representou a empresa executada.” (R Esp 8.711-RS, j. 21.10.92, D.J. 17.12.92, p. 24233; RSTJ, v. 43, p. 231).

²²³ Cf. NEGRÃO, Theotonio, op. cit., nota 5a ao art. 4º da Lei 6.830/80. Observa HÉLIO DA SILVA NUNES que a desordenada aplicação da teoria da desconsideração não ocorre tão-somente no âmbito do direito laboral, mas igualmente no do direito tributário, no qual o princípio da legalidade é, às vezes, ignorado. E é característica desse fato a responsabilização dos administradores pelo não pagamento de impostos devidos, embora não sonogados. Há decisões afirmando que também aí incide a hipótese do Código Tributário Nacional, uma vez que o não recolhimento do imposto devido é uma infração à lei e, como tal, chama a aplicação do art. 135 do CTN (op. cit., p. 34)

²²⁴ Ver acórdãos da 4ª Turma do STJ no REsp 158051-RJ, j. 22.09.98, D.J. 12.04.99, p. 159, RSTJ, v. 120, p. 370; REsp 63652-SP, j. 13.06.00, D.J. 21.08.00, p. 134; REsp 256292-MG, j. 15.08.00, D.J. 25.09.00, p. 107, sendo a seguinte a ementa desse último: “SOCIEDADE COMERCIAL. Responsabilidade dos sócios. Inexistência dos pressupostos. Admitida pela doutrina e pela lei a ‘desconsideração’ da sociedade para atingir os bens dos sócios, a sua decretação somente pode ser deferida quando provados os seus pressupostos, o que não aconteceu no caso dos autos. Art. 10 do Dec. 3708/19.”

²²⁵ Ver, sobre o papel da equidade, a manifestação de TONELLO apresentada na nota 179, supra.

sua preocupação com a justiça do caso concreto, tornando o juiz autêntico criador do direito (*judge-made-law*).²²⁶

Não destoaria PORTALE, ao registrar que “o dado característico da produção jurisprudencial em matéria de *piercing* é constituído pela falta de linhas diretivas confiáveis. Numerosos e ainda obscuros são, de fato, os fatores que podem influir na decisão de ignorar o véu social.”²²⁷

8.3.1 De outra parte, num estudo comparativo com o sistema dos Estados Unidos – a assertiva é de TONELLO – mais do que a pesquisa sobre o significado e o valor da pessoa jurídica, importa atualmente a constatação de como, naquele país, a tônica do problema do *piercing the veil* é, na realidade, uma forte exigência de alcançar uma solução de justiça substancial; de como, em outros termos, toda a atenção (dos juízes, assim como dos estudiosos) está concentrada sobre o fenômeno do abuso de uma ou mais situações de privilégio e sobre os modos de reprimir tal abuso, independentemente das discussões sobre a eficácia das construções teóricas com as quais se tem tentado apresentar o privilégio. Mais precisamente, o que importa no sistema norte-americano é que o debate cultural a respeito do fenômeno em discussão não é mais um debate sobre as teorias da pessoa jurídica (freqüentemente abstrato e distante dos dados concretos da realidade societária), mas um debate sobre *políticas*, sobre as razões que levaram o direito a reconhecer determinados privilégios a grupos de pessoas físicas organizados de um certo modo para realizar determinados fins econômicos.²²⁸

8.3.2 MATTEO TONELLO, cuja recente obra que vem sendo citada é fruto de estudos e pesquisa junto à Escola Superior Sant’Anna de Piza e, nos Estados Unidos, às Faculdades de Direito de Harvard e Yale,²²⁹ inicia suas observações sobre as principais linhas de tendência jurisprudenciais no último País asseverando que a *incorporation* é uma promessa aos membros das sociedades de capitais, de poderem usufruir, no exercício da atividade econômica, da limitação da responsabilidade à contribuição conferida à sociedade. A seguir, formula a indagação: quando, pois, pode um credor da sociedade recorrer a uma corte judiciária americana para requerer-lhe que desatenda aquela promessa originária, e declare pessoalmente responsáveis os sócios pelo pagamento do seu crédito? Explicita que, como se antecipou, nada obstante a variedade das intervenções judiciais pertinentes à matéria (ou talvez justamente como consequência de tal variedade), não são oferecidas respostas unívocas e irrefutáveis a essa questão, o

²²⁶ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 272. TONELLO observa que o número e a variedade das sentenças judiciais determinam que as doutrinas americanas em matéria de *piercing the veil* sejam consideradas incompletas e inadequadas para reunir num esquema coerente os diversos casos encontrados na prática judiciária, dada a inexistência de uma linha condutora. Explica-se, assim, porque do estudo deste tema no direito norte-americano não é possível extrair princípios com validade geral (TONELLO, Matteo, op. cit., p. 84-85).

²²⁷ PORTALE, Giuseppe B., op. cit., p. 171. (traduzido)

²²⁸ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 61-62.

²²⁹ Ibidem, p. 315.

que permite somente individualizar linhas de tendência gerais, que podem ser assim esquematizadas: – quando ocorre, a desaplicação da regra da responsabilidade limitada concerne a sociedades de capitais unipessoais ou, como quer que seja, com um número restrito de sócios (as chamadas *closely held corporations*);²³⁰ – em qualquer caso, os juízes tendem fortemente a considerar que o *veil piercing* pressupõe uma participação ativa e um comportamento positivo do sócio em prejuízo do qual o *piercing* é declarado; – são muito mais freqüentes as aplicações do *piercing the corporate veil* quando invocado por credores involuntários da sociedade (como, por exemplo, os lesados por fato ilícito praticado pela sociedade, ou os consumidores finais dos produtos ou dos serviços oferecidos pela sociedade), do que quando invocado por normais credores contratuais;²³¹ – as cortes judiciárias tendem a considerar ilimitadamente responsáveis os sócios nos casos em que a sociedade haja criado uma simulação da sua situação financeira, de modo a induzir em erro os credores acerca da sua solvabilidade; – as aplicações do *piercing the corporate veil* levam mais freqüentemente à declaração da responsabilidade de uma sociedade pelos débitos assumidos por uma outra coligada ou controlada, do que à declaração da responsabilidade ilimitada dos sócios individuais pelas obrigações assumidas pelas sociedades de que participam;²³² – as cortes judiciárias aplicam a regra da responsabilidade ilimitada em grande número de casos em que os participantes de uma atividade econômica societária deixam de observar importantes formalidades próprias da organização da sociedade (formalidades pertinentes, por exemplo, aos processos de emissão de ações, de eleição dos administradores, de convocação e

²³⁰ Ver nota 32, supra. Informa TONELLO que um importante e recente estudo sobre a ampla casuística jurisprudencial em exame revelou a ausência de episódios de *veil piercing*, tendo por objeto as chamadas *publicly held* (ou *publicly traded*) *corporations*, ou seja, as sociedades de capitais de grandes dimensões e elevado número de acionistas (TONELLO, Matteo, op. cit., p. 90). Isso, lembra PORTALE, em razão da repercussão que poderia ter sobre os mercados financeiros a aplicação da doutrina do *piercing a public company* (PORTALE, Giuseppe B., op. cit., p. 173).

²³¹ Ainda conforme TONELLO, as cortes judiciárias norte-americanas tendem a atribuir um peso significativo à causa da responsabilidade, distinguindo, conseqüentemente, entre as hipóteses de responsabilidade contratual e de responsabilidade extracontratual. Os juízes costumam considerar que aqueles que fundamentam seu crédito num contrato previamente estipulado com a sociedade merecem uma tutela menor do que os credores por assim dizer “involuntários”. Isso porque os primeiros, que constituem a maioria (bancos, investidores institucionais, fornecedores, empregados, a generalidade dos próprios clientes), freqüentemente – embora em medida diversa segundo a importância do contrato e o equilíbrio entre as partes – dispõem de autonomia para prever o possível risco conexo ao negócio. Saliênta o mesmo autor que se incluem na categoria de credores “involuntários” os consumidores finais dos produtos da sociedade pelos danos sofridos com a utilização daqueles, que se mostraram defeituosos, sendo abrangidos não só os casos de responsabilidade aquiliana por culpa, mas também casos de responsabilidade objetiva, mais precisamente daquela definida como responsabilidade pelo produto (TONELLO, Matteo, op. cit., p. 93-95). De sua vez, PORTALE inclui entre os credores “involuntários” aqueles desprovidos de um “poder contratual”, como os empregados e os pequenos fornecedores (PORTALE, Giuseppe B., op. cit., p. 181-182)

²³² Como assevera COMPARATO, “a questão do afastamento da personalidade jurídica não é simples fruto de uma cogitação de gabinete, mas foi posta em direito sobretudo pela multiplicação dos grupos econômicos, um dos fenômenos centrais de nossa época. No grupo econômico de subordinação, as sociedades controladas perdem grande parte de sua autonomia de gestão empresarial”, que se traduz “freqüentemente, senão sempre, pelo sacrifício dos interesses de cada sociedade ao interesse global do grupo” (COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 275-276). No mesmo sentido, PORTALE, op. cit., p. 175.

realização da assembléia, de escrituração dos livros contábeis); – as cortes tendem, ainda, a efetuar o *veil piercing* quando os sócios hajam descuidado de manter separados os seus patrimônios do patrimônio societário, gerando confusão entre eles, especialmente na efetivação de pagamentos;²³³ – os juízes são muito inclinados a desaplicar o benefício da responsabilidade limitada quando constatarem que a atividade societária foi iniciada ou, como quer que seja, conduzida sem que se dispusesse de um capital adequado para enfrentar os riscos que a atividade social comporta; – igualmente, os juízes são mais inclinados a desaplicar o benefício da responsabilidade limitada quando constatarem que se verificou, provocada pelos participantes da sociedade, uma aparência falsa do montante do patrimônio social, ou seja, da primeira garantia dos credores, em prejuízo da confiabilidade das avaliações procedidas por estes últimos.²³⁴

8.3.3 Em suma, segundo TONELLO, a mais ampla elaboração conceitual do *veil piercing* conduz a que o abuso da responsabilidade limitada das sociedades comerciais pode se manifestar por duas ordens de razões: a) a fraude (*fraud* ou *wrongdoing*): os membros da sociedade, embora pretendam utilizar o esquema societário para fins de exercício em comum de uma atividade econômica, sucessivamente e em conseqüência de supervenientes dificuldades financeiras, recorrem a expedientes fraudulentos para obter ou continuar a obter o crédito de terceiros; b) a instrumentalização²³⁵ (*instrumentality* ou *alter ego*): os membros da sociedade recorreram à *incorporation* com a clara intenção de dela se servir para alcançar fins pessoais e privados, inteiramente estranhos ao exercício de uma atividade econômica.²³⁶

8.4 Ao examinar a teoria do *lifting the veil of incorporation* na Inglaterra, PAOLA MANES destaca que a tarefa da doutrina que enfrenta *ex professo* o tema se torna particularmente árdua pela conduta incerta e contraditória da jurisprudência, que do mesmo é artífice direta. De fato, a doutrina, na tentativa de organizar sistematicamente o elevado número de decisões, fica desorientada em face da absoluta falta de orientações unívocas na aplicação de critérios que confirmam à matéria um mínimo de certeza e previsibilidade.²³⁷

8.4.1 Aduz a mesma autora que a quase totalidade dos autores concorda em classificar o *lifting the veil* segundo algum dos modelos clássicos utilizados no âmbito de outras relações jurídicas supra-individuais, posição doutrinária que se reflete no comportamento das cortes. Estas tendem sempre a enquadrar numa das seguras categorias técnico-jurídicas do *common law* ou da *equity* a sua decisão concreta, de modo a tornar inatacável a opção pela superação e a revelar a sua *ratio*, afastando a

²³³ Esclarece TONELLO que os episódios de utilização imprópria do patrimônio da sociedade são usualmente censurados quando alcançam um nível de gravidade de modo a provocar incerteza ou verdadeira confusão aos credores da sociedade, tornando-lhes dificultosa a individualização e a localização dos bens sociais (op. cit., p. 215)

²³⁴ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 88 a 90.

²³⁵ No texto italiano, *strumentalizzazione*, derivado de *strumentalizzare*: em sentido figurado, usar alguém ou alguma coisa como instrumento, dele se servindo para os próprios escopos. (DIZIONARIO della lingua italiana. Novara: Istituto Geografico de Agostini, 1980)

²³⁶ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 100-101.

²³⁷ MANES, Paola, op. cit., p. 724.

suspeita da criação de exceções tão relevantes a um princípio essencial do direito societário, como a *entity doctrine*, sem um adequado suporte sistemático.²³⁸ Ademais, os exemplos jurisprudenciais invocados pela doutrina como exceções ao *entity principle* e, pois, como exemplos do *lifting the veil*, nos quais se tem procurado encontrar um mínimo denominador comum ou um princípio unificador, revelam-se como expressões da tentativa das cortes de garantir que alguns sujeitos – acionistas, credores ou terceiros titulares de um interesse merecedor de tutela em face da sociedade – não sejam prejudicados por atos praticados pelos administradores ou pelos acionistas da companhia, por fruírem tais sujeitos da proteção conferida pelo privilégio da responsabilidade limitada. Para tanto, as cortes gozam de discricionariedade na valoração da oportunidade de sua intervenção e respectivas modalidades, bem como na determinação dos sujeitos a merecer tutela, não estando subordinadas a qualquer esquema pré-constituído.²³⁹

8.4.2 Conclui PAOLA MANES que, se um princípio geral há de ser extraído do exame da oscilante jurisprudência sobre o tema, chega-se a que o *separate entity principle* pode ser desatendido quando se pretenda atingir, através da *company*, um resultado injusto ou, de qualquer sorte, uma conseqüência iníqua resulte para pessoas internas ou externas à sociedade, que com esta estabeleçam relação.²⁴⁰

8.4.3 Finalmente, cumpre notar que os casos mais freqüentes de aplicação do *lifting the veil* na jurisprudência inglesa dizem respeito a sócios pessoas jurídicas, dado que a exceção ao princípio da responsabilidade limitada é considerada menos traumática, ao serem responsabilizados tais sócios.²⁴¹

8.5 Ao examinar as conseqüências dos fenômenos por ele denominados de “modulação subjetiva do ordenamento jurídico” e “dogmatização da pessoa jurídica”, destaca TONELLO que o principal terreno para verificar o alcance do processo filosófico de que aqueles resultaram é, sem dúvida, o da jurisprudência. Sob esse enfoque, observa o mesmo autor que, por decênios, a Suprema Corte italiana foi quase sempre fiel ao binômio sujeito de direito/pessoa física ou pessoa jurídica, repisando que o traço característico da sociedade de capitais é originar, com a criação de um novo sujeito de direito, um centro por si existente de imputação de efeitos jurídicos ativos e passivos, que se exaurem nesse âmbito subjetivo. Ademais, que a limitação da responsabilidade não é um benefício subordinado à observância das normas de organização e de gestão da sociedade, mas um efeito que se alcança *de jure* mediante a constituição de um ente social dotado de personalidade jurídica. Conclui que o longo e extenuante debate doutrinário sobre a natureza da pessoa jurídica levou os juízes a conceber equivocadamente o fenômeno societário não como “direito especial”, porém como

²³⁸ Ibidem, p. 733.

²³⁹ Ibidem, p. 735.

²⁴⁰ Ibidem, p. 825-826.

²⁴¹ Ibidem, p. 730-731. Cabe ter presente que as cortes mostram certa inclinação por considerar o grupo de sociedades como unidade econômica, talvez em parte influenciadas pela própria legislação societária, que, neste âmbito, particularmente em matéria de balanço consolidado, faz derivar da unidade da empresa, a unicidade da pessoa jurídica (MANES, Paola, op. cit., p. 764).

“direito de sujeitos especiais”.²⁴² Na mesma linha, manifesta GALGANO que a Cassação tem aplicado a concepção formal da pessoa jurídica como sujeito de direito distinto dos sócios, a ponto de torná-los “terceiros”, para todos os efeitos, relativamente às obrigações assumidas em nome da sociedade.²⁴³ E isso com fundamento em que a limitação da responsabilidade mediante a constituição de uma sociedade com personalidade jurídica constitui escopo merecedor da tutela do ordenamento jurídico.²⁴⁴

8.5.1 Sintetizando a evolução da jurisprudência italiana a respeito do tema, registra TONELLO que a mesma demonstrou, durante longo período, escassa atenção à proteção dos terceiros credores em episódios de utilização indevida do esquema societário e do benefício da responsabilidade limitada a ele vinculado. Para a Cassação, parecia inexistir uma linha de demarcação entre uso e abuso: toda forma de limitação da responsabilidade, através da constituição de uma sociedade de capitais com observância formal ao ordenamento societário, deveria ser considerada como uma forma de uso da personalidade jurídica e, como tal, uma operação lícita. Mas, em 1971, pela primeira vez a Cassação admitiu que, sem necessidade de recapitular as linhas de uma longa e penosa elaboração, se podia reconhecer que as contribuições, então recentíssimas, da doutrina e da jurisprudência esclareceram suficientemente quer as mútuas interferências, quer as diversidades conceituais entre as noções de subjetividade jurídica, de autonomia patrimonial, de limitação da responsabilidade e de personalidade jurídica. Donde, se por um lado se tende a repudiar como falha a tradicional identidade sujeito de direito/pessoa física ou jurídica, de outro lado também a categoria personalidade jurídica tende a se descobrir num conjunto múltiplice, não definido *quoad essentiam* nem pela organização corporativa, nem – negativamente – pela ausência de uma responsabilidade ilimitada e solidária de todos os membros do grupo, nem – positivamente – pela responsabilidade limitada dos que exercem a administração. Essa revisão crítica do conceito de pessoa jurídica, de regra conexa com uma reconsideração da natureza e do alcance do art. 2.362 do Código Civil italiano, pertinente à responsabilidade do acionista único, transparece em decisões que pareciam prenunciar uma tomada de consciência por parte dos juízes. Porém, as previsões dos juristas sobre a aceleração do processo cultural em curso foram desmentidas. Durante a segunda metade dos anos oitenta e com os anos noventa, voltou a prevalecer a desilusão dos defensores da doutrina revisionista.²⁴⁵

8.5.2 Importantes subsídios para a análise das repercussões do processo de revisão doutrinária da pessoa jurídica sobre a jurisprudência são trazidos por TONELLO, ao apontar indícios reveladores do abuso da responsabilidade limitada na experiência jurisprudencial italiana. Sem se furtar a observações críticas, como mencionado no item anterior, agrega o jurista que “em muitos casos, a solução alcançada pelos juízes

²⁴² TONELLO, Matteo, op. cit., p. 33-34.

²⁴³ GALGANO, Francesco. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, op. cit., p. 113.

²⁴⁴ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 270.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 271, 273, 274 e 281.

não é ainda a da desaplicação das normas sobre responsabilidade limitada, fundando-se, ao invés, mais freqüentemente, nas teorias sobre a falência do empresário oculto e da empresa de financiamento a *latere*.²⁴⁶ Arrola, a seguir, algumas circunstâncias cuja ocorrência acompanha as situações de abuso da responsabilidade limitada, podendo-se, destarte, considerar indícios de tais situações: abuso do patrimônio social ou confusão entre o patrimônio social e o pessoal de um ou mais sócios;²⁴⁷ a inobservância das formalidades societárias (assim, por exemplo, no fenômeno denominado pré-constituição das decisões administrativas); inadequada capitalização da sociedade;²⁴⁸ atribuição fiduciária de ações, para afastar a incidência da norma sobre extensão da falência ao sócio único (art. 2.362 do Código Civil italiano).²⁴⁹

8.6 Na Alemanha²⁵⁰ – a observação é de NADIA ZORZI²⁵¹ –, diversamente do que ocorreu na Itália, a doutrina não traçou linhas ou modelos a serem seguidos, nem forneceu concepções teóricas, mas procedeu a elaborações a *posteriori* de orientações manifestadas em sede jurisprudencial. Daí poder-se afirmar que, tendo sido a técnica da *Durchgriffshaftung*²⁵² a mais importante para reprimir os abusos da personalidade jurídica, revelada pela jurisprudência, isso importou em seu caráter pragmático, sendo ela construída a partir de casos particulares.²⁵³

²⁴⁶ Ibidem, p. 211-212.

²⁴⁷ Destaca COMPARATO que “A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois a pessoa jurídica nada mais é, afinal, do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral!” (COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 333). Tal entendimento se reflete no art. 50 do novo Código, cuja fórmula proveio do conhecimento e da experiência do mestre paulista (item 1, supra), e contempla expressamente a confusão patrimonial como caracterizadora de abuso da personalidade jurídica.

²⁴⁸ Segundo COMPARATO, “Nos precedentes judiciais norte-americanos, um outro critério tem igualmente fundamentado as decisões que imputam ao controlador a responsabilidade pelos débitos da companhia: é a inadequada capitalização” (...), tendo os tribunais fixado “o princípio de que, quando o capital de uma companhia é manifestamente insuficiente para o exercício de sua atividade industrial, o controlador (*active shareholder*) não pode opor o princípio da separação patrimonial, para evitar a execução dos créditos sociais sobre os seus bens, no caso de insolvabilidade da companhia” (COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 333). Aliás, TONELLO enfatiza a importância da jurisprudência norte-americana para aprofundar o significado dos indícios referidos, dada a vastidão e utilidade do material oferecido (op. cit., p. 214).

²⁴⁹ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 213-214.

²⁵⁰ Ver item 6.2.3, supra.

²⁵¹ ZORZI, Nadia, op. cit., p. 1083.

²⁵² Com os vocábulos *Durchgriffshaftung* ou *Haftungsdurchgriff* quer-se indicar a possibilidade de, ocorrendo determinadas condições, tornar pessoalmente responsáveis os sócios de uma sociedade de capitais perante os credores sociais. Mais especificamente, de estender aos sócios a responsabilidade de uma sociedade de capitais e, pois, dotada de personalidade jurídica, mediante a superação dessa última (ZORZI, Nadia, op. cit., p. 1082).

²⁵³ Para enfrentar as incertezas decorrentes da ausência, na matéria, de critérios bem definidos, foram individuados, segundo PORTALE, três grupos de *fattispecie* típicos (*Fallgruppen*), em que é admitida a superação da personalidade jurídica: um primeiro grupo de casos é baseado sobre a criação da pessoa jurídica com o único escopo de eludir normas imperativas ou de prejudicar direitos ou expectativas de terceiros; um segundo grupo é integrado pelas *fattispecie* em que a sociedade é constituída com absoluto respeito às formalidades, mas na sua gestão os sócios deixam de respeitar as normas de organização ditadas pela lei; o último grupo é o das sociedades sub-capitalizadas. (op. cit., p. 163-165)

8.6.1 NADIA ZORZI aponta em primeiro lugar, entre as hipóteses nas quais, tradicionalmente, a jurisprudência tem aplicado a técnica em exame, a ocorrência de confusão de patrimônios, caracterizada não por um ato isolado, mas por comportamentos repetidos, ou através de uma escrituração contábil não transparente. Trata-se, assim, de um remédio excepcional, aplicável restritamente sob o fundamento de que a possibilidade de distinção entre patrimônio dos sócios e patrimônio da sociedade respeita aos pressupostos indispensáveis à fruição da responsabilidade limitada.²⁵⁴

8.6.2 Na Alemanha, o domínio de uma sociedade de capitais por uma pessoa física qual único sócio de uma sociedade uni ou pluripessoal, por si só não justifica a automática responsabilização do próprio sócio através da *Durchgriffshaftung*. Se o exercício do domínio é ilegítimo, normalmente pode levar a um ressarcimento do dano em favor da sociedade, não a uma direta responsabilização do sócio perante os credores sociais. Em outras palavras, a sociedade pode se voltar contra o sócio, mas este não é diretamente responsável para com o terceiro. Tal princípio – nada obstante sua importância – vem sendo superado pelo BGH (*Bundesgerichtshof*, tribunal no vértice da jurisdição ordinária), sobretudo em relação aos grupos de fato, como ocorreu em decisão de 16.09.85 tida como emblemática. Nela, a superação da personalidade fundou-se em que houve uma ingerência direta da controladora na administração da controlada, não de caráter episódico, mas continuado, não tendo sido, ademais, comprovado que uma sociedade gerida autonomamente se teria comportado do mesmo modo. Uma parte da doutrina criticou essa decisão, afirmando que teria sido preferível reconhecer a obrigação interna da empresa controladora, de compensar as perdas da controlada, ao invés de uma responsabilidade externa para com os credores. Um ulterior e significativo passo adiante ocorreu com a sentença relativa ao caso Vídeo, em 23.09.91, pela qual o BGH considerou responsável para com os terceiros credores a pessoa física que, mediante o escudo da sociedade (por quotas de responsabilidade limitada), não busca os interesses desta, porém seus diversos e próprios interesses pessoais. Ao credor foi atribuído o ônus de provar que foram perseguidos esses interesses ditos extra-sociais. Numa outra decisão de 13.12.93, o BGH destaca a excepcionalidade do remédio da *Durchgriffshaftung*, no sentido de que essa pode ser afirmada não pelo fato do domínio em si considerado, isto é, não só em virtude do poder diretivo, mas sobretudo porque se dá a prova de que, através do domínio, se perpetrou um abuso e foi efetivamente lesado um interesse dos credores.²⁵⁵

8.6.3 Concluindo suas observações, NADIA ZORZI lembra que o debate a respeito da repressão aos abusos da personalidade jurídica continua ainda em aberto. Ademais que, se comparativamente a situação italiana mostra-se menos satisfatória, isso se deve à postura relutante da Corte de Cassação, bem como à ausência de uma disciplina orgânica relativa aos grupos de sociedades, que o legislador alemão estabeleceu

²⁵⁴ ZORZI, Nadia, op. cit., p. 1083-1084.

²⁵⁵ Ibidem, p. 1084-1085.

justamente com o fim de reprimir situações abusivas ou, pelo menos, objetivamente perigosas, e que orientações recentes vêm estendendo ao sócio pessoa física e sociedade de capitais.²⁵⁶

8.7 No tocante à jurisprudência espanhola, informa CARMEN BOLDÒ RODA que o Supremo Tribunal não apoiou, num primeiro momento, a doutrina do *levantamiento del velo* da pessoa jurídica. Foi necessário esperar os anos oitenta para alcançar uma formulação concreta da referida doutrina, atualmente consolidada.²⁵⁷

8.7.1 Ainda consoante BOLDÒ RODA, a doutrina do levantamento do véu da pessoa jurídica, elaborada pelo Supremo Tribunal espanhol, não é senão a expressão metafórica sob a qual se agrupa um conjunto de sentenças em que se decidem casos de fraude à lei caracterizados por sua regulação comum, qual seja aquela pertinente à pessoa jurídica. Acrescenta, outrossim, que diversas sentenças do mencionado Tribunal reconhecem a responsabilidade do único sócio pelos débitos sociais em caso de utilização abusiva da forma societária, o que permite considerar a sociedade com um único sócio como uma das expressões mais típicas de ocorrência do levantamento do véu.²⁵⁸

9 Contrato e pessoa jurídica

9.1 Dentre os efeitos da inversão de perspectiva no trato do fenômeno societário, concebido não como direito especial, mas como direito de sujeitos especiais, aponta TONELLO a denominada institucionalização do referido fenômeno. Essa “pode ser definida como o processo de transferência de uma relação jurídica com origem contratual do âmbito conceitual do direito dos contratos àquele do direito das pessoas”, decorrente do reconhecimento público do mecanismo coletivo: com a inscrição no registro das empresas, a sociedade sofre uma espécie de desnudamento da veste jurídica contratual, dando lugar à pessoa jurídica. Explicita o mesmo autor que isso determina, no plano da lógica, duas importantes conseqüências com implicações jurídicas. De um lado, os contratantes deixam de sê-lo e, assim, perdem sua individualidade, transformando-se num novo e diverso sujeito de direito. De outro, a própria vontade social sofre uma modificação conceitual, deixando de ser entendida como ato executivo do contrato originário para se tornar a expressão volitiva da nova pessoa jurídica, produtora de efeitos jurídicos independentemente dos sócios ausentes e dissidentes, porque emanada de um sujeito de direito distinto dos sócios.²⁵⁹

²⁵⁶ Ibidem, p. 1088-1089.

²⁵⁷ RODA, Carmem Boldò, op. cit., p. 258. Esclarece a mesma autora que foi uma sentença de 28.05.84 a primeira a expressar uma formulação completa da doutrina que será retomada mais ou menos fielmente em numerosas sentenças sucessivas (Ibidem). Ver nota 178, supra.

²⁵⁸ Ibidem, p. 263 e 267.

²⁵⁹ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 36-37. Elucidativa, a esse respeito, a observação de GALGANO: “Há alguns decênios dominava a idéia de que, com a inscrição da sociedade no registro das empresas, o contrato cedia lugar à pessoa jurídica. Feita a inscrição, aduziam Graziani e Frè, seguidos pela doutrina dominante, o contrato *functus est munere suo*: os contratantes deixavam de ser tal para se tornar os membros da pessoa jurídica. As sociedade, também se escreveu, sai do direito dos contratos para entrar num âmbito conceitual deveras diverso, no direito das pessoas. A assembléia dos sócios, qual órgão soberano da sociedade, é o lugar de formação da vontade da pessoa jurídica, que, enquanto tal, vincula todos os sócios, inclusive ausentes ou dissidentes” (GALGANO, Francesco. *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali. Contratto e impresa*. Padova, v. 12, n. 1, p. 2, gen./apr. 1996).

9.2 Uma mudança de perspectiva, ensina GALGANO, ocorreu na jurisprudência da Corte de Cassação simultaneamente com a superação da concepção de pessoa jurídica como entidade real, pertencente de par com o homem ao gênero das pessoas, e com a aproximação à oposta concepção reducionista da pessoa jurídica, qual expressão sintetizadora de uma “particular regulação tendo por objeto, todavia, sempre relações entre homens.”²⁶⁰ Mais uma vez ressalta o jurista peninsular que a revisão do conceito de pessoa jurídica tem certamente muitas valias, sendo a mais importante, sem dúvida, a repressão, por ela tornada possível, dos abusos perpetrados atrás do escudo da pessoa jurídica. Aduz que outra valia é a evidenciada pela Corte de Cassação com a decisão nº 11.151, de 26 de outubro de 1995: a concepção reducionista restituiu aos sócios da sociedade de capitais a condição de partes contratantes, removendo o obstáculo que, no passado, havia impedido a aplicação, nas relações entre sócios, das normas do quarto livro do Código Civil italiano, sobre contratos em geral.²⁶¹

9.3 A mencionada decisão de 26.10.95 enfrenta o tema do abuso do voto por parte da maioria, que, na espécie, havia deliberado a dissolução antecipada da sociedade com o único fim de se livrar de um sócio dissidente, para depois prosseguir com a mesma atividade social por meio de uma outra sociedade.²⁶² A Cassação se deu conta de que, em tal *fattispecie*, não acodem as normas pertinentes à matéria de sociedade de capitais; de que o abuso não pode ser evitado, como em outras hipóteses, com a aplicação da norma relativa ao voto expresso do sócio em conflito de interesses com a sociedade. No caso, o conflito se manifesta exclusivamente entre os sócios, sem prejudicar a sociedade. Uma norma idônea para solucionar a questão é, no entanto, encontrada no quarto livro do *Codice Civile* e, mais especificamente, no art. 1.375, pelo qual “o contrato deve ser executado segundo a boa-fé.”²⁶³ A Suprema Corte não precisou se alongar para demonstrar a aplicabilidade dessa norma à sociedade de capitais.

²⁶⁰ GALGANO, Francesco. **Contratto e impresa**, v. 12, n. 1, op. cit., p. 3. Lembra, ainda, GALGANO, que até o final dos anos sessenta, a Cassação não tinha dúvidas de que a sociedade de capitais, enquanto pessoa jurídica, fosse, para todos os efeitos, terceira relativamente às pessoas dos sócios. E que não se pense que a sucessiva aproximação à concepção “reducionista” tenha sido precedida de uma adesão geral da cultura jurídica italiana. (Ibidem)

²⁶¹ Ibidem, p. 4. Nada obstante, para ROBERTO WEIGMANN, “no momento em que se reconhece à sociedade uma autonomia patrimonial com efeito frente a terceiros, já se superou implicitamente a matriz contratual, que com base na idéia mais antiga de origem romana gerava consequências somente nas relações internas entre as partes, e se dá o primeiro passo rumo à independência do organismo empresarial. Em tempos recentes, admitindo-se que a sociedade seja criada por um só indivíduo, o contrato é depreciado não só pelo que concerne às regras de funcionamento da empresa, mas também ao seu nascimento.” (WEIGMANN, Roberto, op. cit., p. 200) Ademais, noticia GALGANO que, de sentido oposto à decisão nº 11.151 é a de nº 10.970, de 10.12.96, também da Cassação, ainda que entre os dois arestos não haja contradição, por concernirem a aspectos diversos do direito societário, podendo coexistir os respectivos fundamentos. Todavia, um e outro parecem inspirados por uma filosofia antitética: o primeiro havia aplicado até o fim as normas do quarto livro sobre contratos em geral à sociedade de capitais; o segundo, diversamente, manifesta-se pela sua desaplicação. (Contrattualismo e no per le società di capitali. **Contratto e impresa**, Padova, v. 14, n. 1, p. 1, gen./apr. 1998)

²⁶² Ver nota 145, supra.

²⁶³ Disposição análoga encontra-se no art. 422 do novo Código: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.”

Bastou-lhe considerar: a) que o contrato de sociedade está compreendido na categoria, regulada pelas normas sobre contratos em geral (arts. 1.420, 1.446, 1.459, 1.466), do contrato plurilateral com comunhão de fim, sendo, portanto, um contrato para todos os efeitos e, enquanto tal, submetido, por força do art. 1.323, às normas sobre contratos em geral; b) que tem natureza contratual não só o ato constitutivo da sociedade de capitais, mas também a relação que o ato constitutivo instaura entre os sócios, sendo a atividade dos órgãos sociais nada mais do que uma atividade em execução do contrato social. E isso ainda que a sociedade adquira, com a inscrição no registro das empresas, a personalidade jurídica, erigindo-se em sujeito de direito distinto das pessoas dos sócios.²⁶⁴ Todavia, registra TONELLO que no recente acolhimento da tese contratualista pela Corte de Cassação, é fácil constatar que a aplicação do esquema contratual ao fenômeno societário limita-se à relação social, ou seja à relação interna entre os sócios, não tendo certamente sido levada a ponto de qualificar o próprio princípio da responsabilidade limitada como efeito jurídico de um tácito acordo contratual entre os sócios e credores.²⁶⁵

9.4 Pondera GALGANO que, neste passo, cabe analisar as razões que, além da congruência lógica da construção, conduzem à configuração da sociedade de capitais *sub specie contractus*. E explica:

a opção por uma determinada construção obedece, consoante diz Lombardi Vallauri, a valorações de política da construção jurídica, as quais induzem à escolha, entre construções dotadas de semelhante grau de congruidade lógica, de uma construção em lugar de outra: ao repúdio, no nosso caso, da sociedade “entificada” e à opção pela sociedade como contrato.²⁶⁶

9.4.1 Tanto GALGANO²⁶⁷ quanto TONELLO²⁶⁸ enfatizam, a impelir em direção ao contratualismo, a exigência de certeza do direito: as normas sobre contratos em geral oferecem material normativo vasto e seguro, comparativamente às vagas e indeterminadas evocações conceituais da teoria clássica das pessoas jurídicas. Mais: as

²⁶⁴ GALGANO, Francesco. *Contratto e impresa*, v. 12, n. 1, op. cit., p. 2. Esclarece o mesmo autor que, anteriormente, para reprimir os abusos da maioria em detrimento da minoria, a solução era encontrada no âmbito da teoria das pessoas jurídicas: invocando a analogia com os entes públicos, Aurelio Candian sugeriu a aplicação analógica da figura do excesso de poder como vício do ato administrativo, que, em matéria societária, tornava-se excesso de poder da pessoa jurídica como vício da deliberação assemblear. Tal concepção foi por muitos anos acolhida pela jurisprudência, que em termos de excesso de poder fundamentou muitas vezes a anulação de deliberações de aumento de capital visando ao único escopo de eliminar da sociedade minorias hostis (ibidem, p. 3).

²⁶⁵ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 253. Adverte COMPARATO que “é preciso não esquecer que as relações jurídicas entre sócios não esgotam o fenômeno societário, ao contrário do que sucedia em épocas anteriores. É que o negócio constitutivo da sociedade – ato jurídico coletivo ou contrato plurilateral, como se quiser – costuma dar origem à personalidade jurídica, centralizada em torno da autonomia patrimonial. Nas sociedades personalizadas há, pois, dois níveis jurídicos distintos a considerar: o interno e o externo.” (COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 39)

²⁶⁶ GALGANO, Francesco. *Contratto e impresa*, Padova, v. 12, n. 1, op. cit., p. 5. (traduzido)

²⁶⁷ Ibidem, p. 6.

²⁶⁸ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 289-290.

categorias contratuais, de fácil e imediata identificação na substância real dos fenômenos econômicos, não podem deixar de prevalecer sobre a abstração e a indeterminação de uma figura intelectual que, embora estupenda, carece inteiramente de um referente substancial.

9.4.2 Ambos os autores destacam que o estímulo rumo ao contratualismo deve-se sobretudo à moderna filosofia política neo-contratualista, que transpõe os confins do mundo do direito e se revela, antes que uma elaboração jurídica, uma fascinante orientação do pensamento político e econômico ocidental. Ele novamente busca na idéia de contrato as razões da convivência humana e a legitimação do poder. Tal idéia, fundada sobre o consenso e não sobre a autoridade, sobre a paridade de posições das partes e não sobre sua situação hierárquica, deve o atual sucesso à sua capacidade de valorizar os indivíduos no seio da coletividade organizada e de oferecer instrumento idôneos à sua defesa contra a prepotência dos grupos dominantes.²⁶⁹

9.5 No direito brasileiro, [...], sem embargo da consagração do princípio majoritário, subsistem sempre algumas hipóteses em que a unanimidade é de regra constituindo elas um argumento de peso em favor da interpretação contratualista da sociedade por ações.²⁷⁰

²⁶⁹TONELLO lembra o sucesso alcançado, nos Estados Unidos, pelo denominado *Law and Economics Movement*, cuja concepção da sociedade como contrato é considerada entre as contribuições intelectuais mais originais e sugestivas da ciência jurídica moderna. A nova escola norte-americana propõe sobretudo a aplicação ao direito dos métodos da economia e, em particular, sugere que também os juristas adquiram familiaridade com a utilização do critério valorativo da eficiência dos mecanismos sociais. Mas esse critério não deve obviamente ser entendido num significado puramente monetário ou produtivo. Os conceitos de custo e de benefício exigem uma consideração em sentido amplo, com referência não só aos sujeitos agentes na relação jurídico-econômica, mas igualmente com relação à vantagem ou ao prejuízo que pode ser proporcionado a toda coletividade (TONELLO, Matteo, op. cit., p. 290-291). Ademais, ainda segundo TONELLO, a primeira elaboração, no âmbito internacional, de uma teoria contratualista da empresa deve-se ao economista Ronald Coase. Numa perspectiva econômica, a empresa é entendida como um complexo de relações economicamente relevantes e sobretudo de negociação entre empresários, sócios, *managers*, credores, dependentes, consumidores e usuários. Portanto, a fim de novamente destacar a interdisciplinaridade do método em exame, é oportuno esclarecer que quando os economistas definem a sociedade como *nexus of contracts* referem-se na verdade não à noção jurídica de contrato, mas a um mais complexo conjunto de fenômenos encontrável na realidade econômica moderna – conjunto que, de um ponto de vista técnico-jurídico, pode compreender múltiplas relações jurídicas nem todas necessariamente de tipo contratual em sentido estrito (Ibidem, p. 292). De sua vez, GIUSEPPE B. PORTALE, após assinalar que a teoria do *nexus of contracts* tem sido definida como “teoria contratualista”, distingue: o contratualismo norte-americano não se confunde com a doutrina contratualista da sociedade contraposta à institucional. E prossegue: a teoria contratualista italiana, que atua sobre um plano distinto, considera que o único interesse relevante na sociedade é o dos sócios, no sentido de que o interesse social seria o interesse dos sócios, diversamente, portanto, da teoria institucional, que reputa a sociedade titular de um interesse próprio e distinto do dos sócios (PORTALE, Giuseppe B., op. cit., p. 180).

²⁷⁰COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 35. A esse respeito, invoca o mesmo autor o art. 72 do Dec.-Lei 2.627/40, mantido em vigor pelo art. 300 da Lei 6.404/76, e os arts. 221, 87, 2º, e 109, desse último diploma.

9.5.1 Presentes as decisões da Corte de Cassação italiana, antes comentadas a partir sobretudo das observações de GALGANO, cumpre verificar a orientação do sistema jurídico nacional no tocante à questão da aplicação das normas sobre contratos em geral às sociedades, particularmente às sociedades por ações. Como se viu, a primeira das mencionadas decisões enfrentou o tema do abuso de direito de voto pela maioria, sem que se configure o conflito de interesses entre a deliberação e o interesse da sociedade; a outra, considerou a questão da nulidade do ato constitutivo.

9.5.2 Uma adequada compreensão da matéria, cuja relevância se acentuará com a entrada em vigor do novo Código Civil,²⁷¹ recomenda que se examine comparativamente o sistema italiano, em que foram proferidas as aludidas decisões, e o sistema brasileiro. Na Itália, onde já vigora a regra geral da nulidade por contrariedade a normas imperativas (art. 1.418, al. 1^a, do Código Civil), essa encontra exceção na sociedade por ações, sendo o contrato de sociedade nulo somente em oito casos taxativamente elencados pelo art. 2.332, como ensina GALGANO.²⁷² Ainda segundo esse jurista, outra exceção concerne às deliberações da assembléia, em que também ocorre uma inversão relativamente aos princípios comuns: ao invés de ser a ação de nulidade uma ação geral, e especial a ação de anulação (art. 1.418 e arts 1.441 e ss.), é geral a última (art. 2.377, al. 2^a) e especial a primeira, sendo nula a deliberação somente se tem um objeto impossível ou ilícito (art. 2.379), e anulável em todos os outros casos em que resulte tomada em desconformidade com a lei ou com o ato constitutivo (art. 2.377, al. 2a).²⁷³

9.5.3 No Brasil, lecionam ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA que os deveres e responsabilidades dos vários partícipes da sociedade anônima, definidos na Lei 6.404/76, devem ser analisados como um sistema, que disciplina o papel de cada um deles, ou seja: a) – dos acionistas em geral (arts. 107/109 e 115); b) – dos administradores (Seção III, especialmente arts. 153/159) e dos fiscais (art. 165); c) – do acionista controlador (arts. 116 e 117).²⁷⁴ Continuam os mesmos juristas, ao tratar do abuso do direito de voto, cujas regras básicas estão contidas no art. 115:

A sanção primeira, a natural, portanto, é a que os autores chamam de “reparação in natura”, vale dizer, a anulação de deliberação da assembléia geral estranha ao interesse da companhia. Pode ocorrer, no entanto, que o ato abusivo não comporte tal sanção (como, quando, v. g., não reveste a forma de deliberação, como no abuso de minoria, em que o procedimento anti-social se configura em obstar a formação da maioria necessária à deliberação de interesse da sociedade) ou que ela (anulação) não baste para compor os prejuízos causados à sociedade e aos minoritários. [...] Daí a sanção da

²⁷¹ Cabe destacar o art. 421, concernente à função social do contrato; o art. 422, pertinente à boa-fé (nota 263, supra); o art. 166, VI, determinando a nulidade do negócio jurídico “quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa”; e os arts. 187 e 188, I, relativos ao abuso de direito.

²⁷² GALGANO, Francesco. *Diritto privato*. Padova: CEDAM, 1985. p. 246.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S/A – Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, v. II, p. 206.

reparação das perdas e danos – inegavelmente difíceis de apurar – mas que complementa, sempre que possível, a anulação, ou a substitui quando não há deliberação a anular.²⁷⁵

A respeito do disposto no referido art. 115, EGBERTO LACERDA TEIXEIRA distingue:

Contempla-se, no *caput* do preceito, a definição do ‘exercício abusivo do direito de voto’, a que corresponde a responsabilidade do acionista pelos danos que seu abuso causar, ainda que seu voto não haja prevalecido (art. 115, § 3º). No § 1º, tem-se em vista a vedação do direito de voto nos casos de ‘conflito de interesses entre o acionista e a companhia’. Para figura diferente, conseqüências distintas: a deliberação tomada com infringência do mandamento é anulável, o acionista responderá pelos danos causados e será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que tiver auferido (art. 115, § 4º).²⁷⁶

9.5.4 Restaria examinar se cabe a anulação de deliberação em que se manifeste conflito de interesses, não entre a maioria e a sociedade, mas entre aquela e outro(s) acionista(s), hipótese que corresponde ao caso decidido pela Corte de Cassação italiana em 26.10.95 (item 9.3, *supra*). Outrossim, se a Lei 6.404/76 oferece solução para a questão. FÁBIO ULHOA COELHO, após caracterizar como voto irregular tanto o abusivo como o conflitante, modalidades em que o acionista responde, civilmente, pelos prejuízos que ocasionou, manifesta o entendimento de que a lei conferiu tratamento diferente no que se refere à validade da deliberação assemblear: “o voto abusivo nunca é causa de invalidação da assembléia, ou do resultado da votação; já o conflitante, se foi essencial para a deliberação, pode comprometer a validade desta.”²⁷⁷ Ademais, para o mesmo autor, a lei brasileira não menciona a responsabilidade dos acionistas pelo voto ilegal, devendo-se, entretanto, considerar que este causa a responsabilização dos acionistas que o manifestaram.²⁷⁸

9.5.5 Porém, para os antes citados ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, “no direito brasileiro, não há lugar para dúvida sobre a anulabilidade da deliberação da Assembléia Geral determinada por votos proferidos com violação da norma do art. 115 da Lei 6.404/76.”²⁷⁹ Fundamentam sua opinião em que:

as deliberações da Assembléia Geral são atos jurídicos, e as que modificam o capital social são negócios jurídicos – declarações coletivas de vontade destinadas a produzir efeitos jurídicos segundo os preceitos da ordem legal. E um dos requisitos de validade de qualquer negócio jurídico é que a declaração de vontade seja emitida de conformidade com a lei e tenha fim lícito (Código Civil, art. 82).²⁸⁰

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 234.

²⁷⁶ TEIXEIRA, Egberto Lacerda, *op. cit.*, v. 1, p. 277.

²⁷⁷ COELHO, Fábio Ulhoa, *op. cit.*, v. 2, p. 314. “Verifica-se abuso se o acionista tem a intenção de causar, com a sua manifestação, danos à sociedade ou outros sócios. Já o voto conflitante é aquele em que o acionista tem interesse incompatível com o da sociedade.” (*Ibidem*, p. 312)

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões, *op. cit.*, p. 240.

²⁸⁰ *Ibidem*.

Invocam, ademais, o art. 286 da Lei 6.404, que se refere expressamente às diversas modalidades de vícios das deliberações das Assembléias Gerais, ressaltando que ainda que a lei das sociedades por ações não contivesse tal norma, as deliberações assembleares violadoras da lei, dolosas, fraudulentas ou simuladas seriam anuláveis com fundamento nas normas gerais do Código Civil sobre atos jurídicos.²⁸¹

9.5.6 Na mesma trilha, PONTES DE MIRANDA, com sua habitual precisão, rebate a tentativa para se tornarem – a partir de interpretação dos arts. 155/161 do Dec. Lei 2627/40, correspondentes aos arts. 285/288 da Lei 6.404/76 – casos de anulabilidade todos os casos de nulidade. Considera absurdo que não se concebessem atos inexistentes e atos nulos em sociedade por ações, quer em se tratando de atos constitutivos, quer de atos de órgãos da sociedade, não se podendo, outrossim, pensar em prescrição, nem em sanção, dos atos jurídicos inexistentes ou nulos. E admoesta: “Os legisladores, em vez de cuidarem da enumeração das causas de nulidade e das causas de anulabilidade do ato constitutivo e dos atos de órgãos da sociedade por ações, quiseram reduzir a uma só espécie o que de modo nenhum é redutível.”²⁸²

9.6 Como se viu, o legislador italiano preocupou-se em regular as hipóteses de nulidade e de anulabilidade em matéria de sociedades por ações (item 9.5.2, supra), estabelecendo exceções relativamente às regras gerais. Isso, entretanto, não afastou, para a solução de determinados casos, a necessidade de recorrer às normas sobre contratos, o que envolve uma determinada orientação sobre a natureza da sociedade. No direito pátrio, ainda que se conte com normas específicas na Lei das Sociedades por Ações, como a pertinente ao voto abusivo ou conflitante, ou aquelas concernentes à prescrição, igualmente não se prescinde da invocação de dispositivos aplicáveis aos negócios jurídicos em geral, sem esquecer, contudo, que o ato constitutivo da sociedade é plurilateral.

9.7 Vigente o novo Código, acentuar-se-á, na busca de adequada solução para os problemas societários,²⁸³ a importância do recurso às normas gerais sobre negócios jurídicos e contratos, mais completas e atuais. Basta lembrar, exemplificativamente, os dispositivos citados na nota 271, supra.

²⁸¹LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões, op. cit., p. 240-241. Em outra passagem, recorrem ao art. 145 do Código Civil de 1916 para embasar invalidade em matéria societária, lembrando que o novo Código sanciona tal nulidade com mais precisão, ao prescrever no art. 166, VI, que “é nulo o negócio jurídico quando tiver por objetivo fraudar lei imperativa” (ibidem, p. 210).

²⁸²PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, op. cit., tomo LI, 1966, § 5.359, n. 1, p. 98-99. Aduz o jurista que são invocáveis, em matéria de sociedades, os arts. 145, 146 e 153 do Código Civil de 1916.

²⁸³Não só as questões pertinentes às sociedades anônimas, mas às sociedades em geral, porquanto os problemas decorrem sobretudo da personificação (item 9.1, supra), atribuída em nosso país aos diversos tipos de sociedade (itens 2.2 e 2.3, supra). No exame da matéria foram privilegiadas as primeiras, quer em razão da sua importância, quer porque a “teoria da instituição”, elaborada por Hauriou e contraposta às “teorias contratualistas”, foi considerada por aquele aplicável às sociedades por ações, porém não às demais sociedades (REQUIÃO, Rubens, *Curso de direito comercial*, op. cit., n. 213, p. 275-276). Daí serem denominadas essas últimas (as sociedades de pessoas e a limitada) de contratuais, e de institucionais, as sociedades por ações. (COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 25-26). Outrossim, foram invocadas doutrina e jurisprudência italianas e, pois, originárias de um País em que só as sociedades de capitais adquirem personalidade jurídica (item 2.4, supra).

9.8 Cumpre, aqui, ter presente a observação de PORTALE ao examinar a *exceptio doli generalis*, invocando-a, inclusive, em matéria societária para coibir os abusos de direito tanto por parte da maioria como da minoria:

Fala-se de exceção “de dolo” por razões de tradição. Mas já no direito comum não era necessário que ocorresse o elemento subjetivo do dolo, a malícia. Também hoje, a tendência é que a *exceptio doli* possa ser oposta com fundamento somente em circunstâncias objetivas, das quais resulte que no caso concreto o exercício do direito enseja situações contrastantes com a equidade, prescindindo-se de qualquer elemento subjetivo.²⁸⁴

Com a mencionada propensão atual se harmoniza o novo Código, em que o direito dos contratos vem informado pelo princípio da boa-fé em aceção objetiva, aposto na cláusula geral do art. 422.²⁸⁵

10 O artigo 50 do novo Código Civil

10.1 Cabem, agora, a partir dos temas examinados nos itens anteriores, algumas reflexões sobre o art. 50 do novo Código Civil, ponto central deste estudo, como salientado em sua introdução (item 1, supra). Longe de pretender esgotar a matéria ou apontar soluções definitivas, visa-se a destacar questões relevantes para uma adequada aplicação do novel dispositivo legal.

10.2 Costuma-se indicar, em nosso sistema legislativo, antecedentes da adoção ou da admissibilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica (item 1.2, supra), a cujo respeito são opostas ressalvas (itens 6.2 a 6.2.3, supra). Asseveram alguns autores que a doutrina da desconsideração há de ser aplicada somente quando o sistema jurídico não fornecer o remédio legal para coarctar a fraude, ou seja, será restrita às hipóteses em que não haja uma solução legislada específica para os eventuais desvios de função da pessoa jurídica.²⁸⁶

10.3 Dentre as disposições legais que se referem expressamente à desconsideração da personalidade jurídica, sobreleva o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.09.90), em que aquela é objeto do *caput* e do § 5°. “Quanto aos §§ 2° a 4°, a matéria é de ‘responsabilidade subsidiária’ ou ‘solidária’ que a própria Lei já determina, não sendo necessário que o juiz ‘desconsidere’ a empresa para poder fazer atuar aquela responsabilidade.”²⁸⁷ Ademais, dos fundamentos contemplados no *caput* para a desconsideração em favor do consumidor, FÁBIO ULHOA COELHO considera que, no tocante ao abuso de direito, é evidente a correspondência entre o dispositivo legal e a teoria da desconsideração. Quanto aos demais, entende tratar-se de temas diversos de direito societário. Com relação ao § 5°,

²⁸⁴ PORTALE, Giuseppe, op. cit., p. 156. (traduzido)

²⁸⁵ MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., p. 147.

²⁸⁶ LUCENA, José Waldecy, op. cit., p. 196, nota 56. O autor invoca a lição de Luciano Amaro, op. cit., p. 75.

²⁸⁷ AMARO, Luciano, op. cit., p. 76.

afirma que não pode ser lido no sentido de que a simples existência de prejuízo patrimonial suportado pelo consumidor seria suficiente para autorizar a descondição da pessoa jurídica. Uma tal interpretação equivaleria à eliminação do instituto da pessoa jurídica no campo do direito do consumidor, além de tornar letra morta o *caput* do mesmo art. 28, que circunscreve algumas hipóteses autorizadoras da superação da personalidade jurídica.²⁸⁸

10.4 A aplicação da descondição da personalidade jurídica independe de previsão legal, estando o juiz autorizado a ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica sempre que ela for fraudulentamente manipulada para frustrar interesse legítimo de credor.²⁸⁹ Nada obstante, como nota TONELLO, citando decisão do Tribunal de Roma, tem a jurisprudência invocado reiteradamente a intervenção do legislador, considerando que a magnitude e a freqüência dos mais variados abusos que se vêm verificando neste campo, têm despertado na consciência popular, de maneira cada vez mais premente, a exigência de uma disciplina normativa rigorosa e adequada à amplitude do fenômeno.²⁹⁰ É esse também o entendimento de COMPARATO expresso em sua citada obra: “em sistemas jurídicos como o nosso, a jurisprudência ganharia novo impulso se a possibilidade de descondição a personalidade societária, como sanção da confusão patrimonial, constasse de lei.”²⁹¹ Ademais, ainda que o resultado alcançado seja o mesmo, quer se tratando de superação judicial, quer por previsão legislativa, no plano sistemático a diferença é assaz relevante, porquanto no primeiro caso os tribunais sujeitam-se a justificar teoricamente a superação,²⁹² o que não ocorre no segundo, em que se limitam a aplicar a disposição legal em cujo âmbito de incidência se inclui o

²⁸⁸ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 51.

²⁸⁹ Ibidem, p. 54.

²⁹⁰ TONELLO, Matteo, op. cit., p. 214, nota 79.

²⁹¹ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 338. É o que está para acontecer com a entrada em vigor do novo Código.

²⁹² Tal preocupação se verifica também na doutrina. HÉLIO DA SILVA NUNES invoca o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil para fundamentar a reação ao uso da pessoa jurídica de forma contrária ao bem comum visado pela lei. E adita: “É sob a invocação do combate à fraude e ao abuso de direito que se poderá ajustar a norma e o meio instrumental em que se expressa, no caminho do bem comum.” (NUNES, Hélio da Silva, op. cit., p. 28).

Conquanto existam hipóteses em que descabe falar de fraude ou abuso, costuma-se a eles recorrer para justificar a descondição (AMARO, Luciano, op. cit., p. 74), o que é confirmado por PORTALE ao apontar o tema do abuso da pessoa jurídica ou da sua superação como conexo ao do abuso de direito (PORTALE, Giuseppe, op. cit., p. 163). O Código Civil de 1916 inclui entre os atos contrários ao direito, o exercício irregular ou “abuso de direito”: a *contrario sensu* do disposto no art. 160, I, o ato praticado no exercício não regular de um direito, é ilícito (PONTES DE MIRANDA, op. cit., tomo II, 1970, § 185, n. 1/2, p. 290/291; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, p. 431; BEVILAQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975, v. 1, p. 431). No novo Código, tratam do abuso de direito o art. 187 e o art. 188, I (correspondente ao referido art. 160, I).

caso particular.²⁹³ Assim, malgrado as críticas que se possam formular ao art. 50, a inclusão de um dispositivo dessa natureza na parte geral de um Código regulador de direitos e obrigações de ordem privada, representa o resultado de uma evolução em matéria de personalidade jurídica. Além disso, a redação atual, resultante de emenda do Senado, preocupou-se com a superação de ressalvas que vinham sendo opostas à redação anterior.²⁹⁴

10.5 Determinar o alcance do art. 50 é a principal tarefa que se impõe. Como, porém, esse intento envolve questões que, por sua complexidade e inovação, exigem um exame mais aprofundado, convém iniciar pelos pontos pertinentes à matéria do abuso da personalidade jurídica que já vêm sendo objeto de manifestações correntes por parte da doutrina e da jurisprudência.

10.6 Desde logo, tenha-se presente que:

a decisão judicial que desconsidera a personalidade jurídica da sociedade não desfaz o seu ato constitutivo, não o invalida, nem importa a sua dissolução. Trata, apenas e rigorosamente, de suspensão episódica da eficácia desse ato. Quer dizer, a constituição da pessoa jurídica não produz efeitos apenas no caso em julgamento, permanecendo válida e inteiramente eficaz para todos os outros fins.²⁹⁵

Não destoa a lição de COMPARATO, quando afirma que, nos casos em que cabe afastar o efeito jurídico fundamental da personalização, qual seja a separação de patrimônios, a sanção jurídica não deve ser, indistintamente, a nulidade (absoluta ou relativa) do ato, negócio, ou relação, mas a “ineficácia”. Não deve ser a destruição da “entidade” pessoa jurídica, mas a suspensão dos efeitos da separação *in casu*.²⁹⁶

²⁹³ MANES, Paola, op. cit., p. 748. Exemplos, no direito comparado, de regulamentação legislativa encontram-se no art. 6º da lei eslovena de 1999 sobre sociedades comerciais; no art. 10, al. 3ª da lei croata de 1993 sobre sociedades comerciais; e no art. 317 do novo **Code Civil du Québec**, província canadense cujo sistema jurídico pertence à família do *civil law*. Segundo o referido art. 6º, os sócios são chamados a responder pelos débitos sociais: 1) quando abusam da pessoa jurídica para que essa alcance resultados que a eles (sócios individualmente) seriam vedados; 2) quando a sociedade é utilizada para prejudicar os credores; 3) quando se comportam contrariamente à lei, gerindo o patrimônio da sociedade como se fosse próprio; 4) quando, em benefício próprio ou alheio, reduzem o patrimônio social sabendo (ou devendo saber) que desse modo a sociedade não mais estará em condições de cumprir suas obrigações frente a terceiros. Pelo art. 10, al. 3ª da lei croata, “aquele que abusa da circunstância de que, como sócio de sociedade comercial, não responde pelos débitos sociais, não pode opor a sua isenção dessa responsabilidade.” De igual interesse sob o enfoque geral da superação da personalidade jurídica, o art. 317 do Código Civil de Québec, que nega a possibilidade dos acionistas invocar a responsabilidade limitada (*immunité*), quando isso ocorra para encobrir a fraude, o abuso de direito ou uma contravenção a uma norma de ordem pública. (PORTALE, Giuseppe B., op. cit., p. 167).

²⁹⁴ Ver, a esse respeito, as manifestações de COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 338-339; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 639; DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 154-155.

²⁹⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 40.

²⁹⁶ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 271-272. No mesmo sentido pronunciou-se a 6ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de São Paulo, na ap. civil 44.076-4: “A Teoria da Desconsideração da personalidade jurídica, quando aplicada com intuito de resguardar direitos de terceiros, não visa a anular a personalidade jurídica, mas somente objetiva desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica em relação a pessoas e bens que atrás dela se escondem. É caso de ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo, todavia, a mesma incólume para seus outros fins legítimos” (JTJ Lex 198/168 – *apud* NUNES, Hélio da Silva, op. cit., p. 35).

10.7 A doutrina exposta no item anterior se compatibiliza com o entendimento de que a descon sideração da personalidade jurídica não se traduz sistematicamente numa desaplicação indiscriminada do princípio da responsabilidade limitada em prejuízo de todos os sócios e em benefício de todos os credores. A *ratio* do instituto é, na verdade, a repressão de um abuso que não envolve necessariamente todos os sócios e que não se traduz, sempre, num prejuízo para todos os credores. Na jurisprudência norte-americana, a tendência é considerar que o *veil piercing* pressupõe uma participação ativa do sócio em cujo prejuízo aquele é declarado.²⁹⁷ PAOLA MANES, em seu estudo sobre a teoria do *lifting the veil* na Inglaterra, consigna que “o fato de que em determinadas situações alguns sócios devam responder por algumas obrigações da sociedade não viola o princípio da *separate entity* da *company*.”²⁹⁸ De sua vez, COMPARATO, ao criticar as sanções então impostas pelo art. 48 do Projeto de Código Civil, por não darem satisfação ao interesse dos terceiros credores, propõe, como verdadeira sanção, “a responsabilidade da pessoa, física ou jurídica, que estabeleceu a confusão de patrimônios.”²⁹⁹ Segundo o registro de HÉLIO DA SILVA NUNES, vem a jurisprudência nacional, “atualmente, deixando bem explícito que a responsabilidade há de ser imputada ao sócio que fez mau uso da pessoa jurídica, a ele e tão-só a ele a responsabilização.”³⁰⁰ Assim, os administradores ou sócios da pessoa jurídica a que se refere a parte final do art. 50 são aqueles que perpetraram o abuso da personalidade jurídica, não necessariamente a totalidade dos sócios e dos administradores. (item 10.12, *infra*)

10.8 Questão conexa à que acaba de ser abordada diz respeito a se a descon sideração há de supor a impossibilidade de a pessoa jurídica responder pela obrigação. LUCIANO AMARO, ao tratar da matéria com relação ao Código de Defesa do Consumidor, conclui que “se se trata de empresa com capacidade financeira para ressarcir o consumidor, não há razão para aplicar o tratamento (excepcional e, portanto, de uso parcimonioso) da descon sideração da pessoa jurídica.”³⁰¹ É princípio tradicional em nosso sistema jurídico o da responsabilidade subsidiária dos sócios, quando possam ser chamados a responder por dívidas da sociedade. Já o art. 350 do Código Comercial, à época em que, predominantemente, não se reconhecia a personificação das sociedades comerciais (item 2.2, *supra*), consagrava a referida orientação, que permaneceu no novo Código Civil (arts. 1.024, 1.040, 1.046 e 1.053), inclusive no tocante à sociedade em comum, não personificada (art. 990). O Código de Processo Civil segue a mesma linha, ao tratar, nos arts. 592, II, e 596, da execução dos sócios por dívida da sociedade. Examinando tais dispositivos, OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA conclui que, qualquer que seja a hipótese (de responsabilidade anormal do sócio, por aplicação da teoria da descon sideração, ou de responsabilidade decorrente da lei ou do contrato): terá o sócio, quando executado por dívidas da sociedade, o denominado *beneficium*

²⁹⁷ TONELLO, Matteo, *op. cit.*, p. 89 e 92. Ver item 8.3.2, *supra*.

²⁹⁸ MANES, Paola, *op. cit.*, p. 727.

²⁹⁹ COMPARATO, Fábio Konder, *op. cit.*, p. 339-340.

³⁰⁰ NUNES, Hélio da Silva, *op. cit.*, p. 35-36.

³⁰¹ AMARO, Luciano, *op. cit.*, p. 76-77.

excussionis (exceptio excussionis), previsto no art. 596, que lhe dá direito de exigir que a execução primeiro seja dirigida contra os bens da sociedade, livres e desembargados, que ele desde logo indicar (art. 596, § 1º).³⁰²

É o que também ensina HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

A regra básica é que os bens dos sócios não devem responder pelas dívidas da sociedade, a não ser naqueles casos expressamente previstos em lei (art. 596). E mesmo nos casos em tela, a responsabilidade do sócio é de ser vista como excepcional e secundária, a prevalecer apenas quando não for possível cobrar a dívida diretamente da sociedade. [...] Só se a execução ficar frustrada é que caberá a excussão dos bens particulares dos sócios.³⁰³

Cabe, outrossim, ter em conta:

que a responsabilidade, perante terceiros, por atos ilícitos de seus administradores, é da companhia. Isto porque, em face do caráter orgânico da representação, todos os atos praticados pelos administradores são atos da companhia. [...] A responsabilidade da companhia está baseada no princípio da segurança das relações jurídicas. Conseqüentemente, a prática de atos ilícitos pelos administradores não pode ser argüida frente a terceiros de boa fé que tenham contratado com a companhia.³⁰⁴

Portanto, o ressarcimento do terceiro deve, em princípio, ser buscado junto à sociedade. Nada obstante, após distinguir que na repressão de atos irregulares o sócio da sociedade limitada responde diretamente, enquanto na falta de integralização do capital social ele tem responsabilidade subsidiária, conclui FÁBIO ULHOA COELHO:

Na sanção às irregularidades praticadas na sociedade limitada, a responsabilização do sócio não depende do prévio exaurimento do patrimônio social. [...] Também no caso de desconsideração da personalidade jurídica, o sócio deve ser demandado diretamente pelo sujeito lesado, com ou sem litisconsórcio da sociedade.³⁰⁵

Ainda quando se admita que a responsabilização de sócios e administradores, mediante a teoria da desconsideração, não supõe, sempre, a impossibilidade de cobrar da sociedade, cumpre ter presentes a excepcionalidade da medida, bem como o conjunto

³⁰² SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil**. Porto Alegre: Fabris Editor, 1993. v. II, p. 51-52.

³⁰³ THEODORO JÚNIOR, Humberto, op. cit., 1993, v. II, p. 106. A jurisprudência citada por THEOTONIO NEGRÃO revela que, na execução fiscal, só depois de comprovada a insuficiência de bens da sociedade por quotas de responsabilidade limitada para quitar a dívida, pode o processo ser redirecionado contra o sócio-gerente. (op. cit., notas 3b e 5c ao art. 4º da Lei 6.830/80)

³⁰⁴ CARVALHOSA, Modesto, op. cit, 1982, v. 5, p. 201. Não diverge EGBERTO LACERDA TEIXEIRA: "É de se notar que a sociedade se obriga pelos fatos praticados pelos seus administradores dentro de suas atribuições ou poderes, mesmo quando eivados de culpa ou dolo." (op. cit., p. 480)

³⁰⁵ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 410.

das regras de direito material e processual pertinentes à matéria. Com essas cautelas, há de ser aplicado o art. 50 do novo Código.

10.9 De outra parte, destaca RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR que, ao prescindir da fraude e se satisfazer com o desvio da finalidade ou a confusão de patrimônios, com ou sem fraude, consagra o dispositivo sob exame a teoria da responsabilidade objetiva,³⁰⁶ na linha traçada por COMPARATO.³⁰⁷

10.10 Apontadas essas diretrizes suscetíveis de auxiliar a aplicação do art. 50, resta examinar a respectiva abrangência, o que implica considerar outras questões.

10.10.1 Em suas considerações críticas, antes lembradas (nota 294, supra), sobre a anterior redação do art. 50, COMPARATO classifica-o como norma genérica. Prossequindo, sugere a admissibilidade *in genere* da desconsideração da pessoa jurídica, quando demonstrada a confusão de patrimônios.³⁰⁸ PAOLA MANES aponta, no sistema inglês, uma cláusula geral, a *prevention of injustice*, capaz de mitigar o rigor da *entity doctrine* e de resolver os casos que não possam ser enquadrados numa das categorias tradicionais, mas em que se mostra necessário operar o *lifting the veil* por razões de equidade. As numerosas categorias de exceções ao *corporate principle* propostas pela doutrina e pela jurisprudência, a fim de organizar o panorama fragmentário do *common law*, poderiam ser substituídas por uma única super-categoria, a referida *prevention of injustice*, que se apresenta qual cláusula geral dotada de extrema elasticidade e destinada a delegar aos juízes a tarefa de determinar o conteúdo concreto, traduzindo em regras positivas todas as demandas de justiça substancial que estão na base do *lifting the veil*. As cláusulas gerais conferem extrema elasticidade ao sistema, que pode constantemente adaptar os modelos jurídicos às exigências da sociedade.³⁰⁹ Ressalvadas as peculiaridades do *common law*, essas concepções se harmonizam com as expostas por JUDITH MARTINS-COSTA, quando caracteriza as cláusulas gerais como novos tipos de normas que:

buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados ‘intencionalmente vagos e abertos’, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’, e às quais é assinalada a vantagem da ‘mobilidade’, proporcionada pela intencional imprecisão da *fattispecie* que contém, pelo que é afastado o risco do imobilismo porquanto é utilizado em grau mínimo o princípio da tipicidade.

³⁰⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, op. cit., p. 34.

³⁰⁷ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 292 e 339. FÁBIO ULHOA COELHO, após reconhecer as dificuldades que a formulação subjetiva da teoria da desconsideração apresenta no campo das provas, registra que essa preocupação revela-se na formulação objetiva proposta, por exemplo, por Fábio Konder Comparato, cuja visão particular sobre a matéria prevaleceu na redação final do art. 50. Mas, consoante o mesmo autor, “não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude”, porquanto nem todas as fraudes se traduzem em confusão patrimonial. (COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 43-44 e 53). Ver, ainda, PORTALE, Giuseppe B., op. cit., p. 165, que refere o Código de Sociedades belga de 1999, segundo o qual, em caso de sub-capitalização, os sócios são chamados a responder prescindindo-se de critérios subjetivos de imputação.

³⁰⁸ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 338 e 340.

³⁰⁹ MANES, Paola, op. cit., p. 734-735 e 828.

Enfatiza a mesma autora que o perfil multifário das cláusulas gerais leva a que a doutrina, ao buscar seu conceito, nada mais obtenha do que arrolar a diversidade de suas características, sendo na contraposição à “técnica da casuística” que o seu perfil poderá ser traçado.³¹⁰

10.10.2 A diversidade e a mobilidade das hipóteses que autorizam a desconsideração da personalidade jurídica, reveladas em mais de uma passagem desse estudo dificultam, senão impedem, a sua previsão em normas formuladas casuisticamente (“técnica da regulação por *fattispecie*”),³¹¹ o que leva a concluir pela adequação de sua regulação mediante cláusula geral. Outro parece não ter sido o entendimento do legislador ao redigir o art. 50, cuja letra conforta uma interpretação em consonância com a aplicação que, tradicionalmente, em diversos países, vem sendo conferida à teoria da desconsideração.³¹²

10.10.3 A disposição legal, aludindo, de início, ao “abuso da personalidade jurídica”, denota a vinculação do tema ao do abuso de direito, consoante o entendimento comum (nota 292, supra): reage-se contra o abuso da pessoa jurídica sob a invocação do art. 160, I, do Código Civil de 1916, não raro de par com o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Com o novo Código, tem-se a regra especialmente destinada a regular a matéria (art. 50), além do art. 188, I, correspondente ao referido art. 160, I, e do art. 187, cláusula geral pertinente aos atos ilícitos. O enunciado deste último – configurando como ato ilícito o exercício abusivo de um direito, ou, nos termos da lei, o exercício de um direito, por seu titular, com manifesto excesso dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes – permite, pela sua vagueza semântica, que as respostas aos problemas da realidade sejam progressivamente construídas pela jurisprudência.³¹³ Assim, no sistema do novo Código, a caracterização do abuso da personalidade jurídica há de levar em conta as sobreditas regras respeitantes ao abuso de direito.

10.10.4 A Constituição Federal assegura, no art. 5º, XVII, a liberdade de associação para fins lícitos. A existência das pessoas jurídicas de direito privado, de que são espécies as associações, as sociedades e as fundações (art. 44), começa com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro (art. 45). Portanto, exerce regularmente um direito quem constitui uma pessoa jurídica para fins lícitos. Para

³¹⁰ MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., p. 133-134.

³¹¹ Ibidem, p. 133.

³¹² No caso, seguindo a classificação apresentada por JUDITH MARTINS-COSTA (op. cit., p. 136), a disposição poder-se-ia enquadrar nas de “tipo regulativo”, isto é, cláusulas gerais que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei. Não se pode ignorar, contudo, que o dispositivo mostra-se como “restritivo” do efeito preponderante da personificação nas sociedades de responsabilidade limitada, que são as usuais: a separação patrimonial ou incomunicação entre o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios, proclamada pelo art. 1.052 do novo Código e pelo art. 1º da Lei 6.404/76. (Ver REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**, op. cit., n. 220, p. 287; GARRIGUES, Joaquín. **Problemas sociais das sociedades anônimas**, op. cit., p. 41; COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 333)

³¹³ Cf. MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., p. 133-134.

caracterizar o abuso da personalidade jurídica nos termos do art. 50, é mister a ocorrência de um dos pressupostos nele previstos: o desvio de finalidade, ou a confusão patrimonial.

10.10.5 FÁBIO KONDER COMPARATO, a quem se deve a fórmula que resultou na redação final do art. 50 (item 1.1, supra), examinando a aplicação da doutrina do desvio de poder ao direito societário, esclarece o sentido de “desvio de finalidade”:

Falando-se de desvio, subentende-se, evidentemente, uma via direta que deixou de ser seguida, para se atingir um alvo ou se chegar a um resultado. Supõe-se, pois, antes de tudo, a falha de um objetivo ou finalidade, impostos pelo direito, ou *aberratio finis legis*, como já foi dito, em paráfrase a consagrada expressão do direito penal. Mas desvio de finalidade, esse, compatível com a observância das regras de procedimento formal, que disciplina o exercício do poder, o que torna o ato particularmente perigoso, pela dificuldade em que se encontram os prejudicados de comprovar a ilicitude. O desvio de poder consiste, assim, num afastamento não da forma mas do espírito da lei, representando ato típico de *fraus legis*, e não *contra legem*, segundo a conhecida advertência de Paulo [...] ³¹⁴

Outrossim, na crítica do mesmo autor à anterior redação do dispositivo, transparece a diversidade de abrangência daquela e da atual redação: a primeira limitada a vedar que a pessoa jurídica seja desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, ou seja, a proibir a prática de atos *ultra vires*, não previstos no objeto social; a formulação final contemplando o desvio de finalidade sem qualquer complemento restritivo, e, pois, em toda a sua amplitude. Também aqui a letra da lei se afeiçoa à largueza exigível de uma norma reguladora da matéria, considerando a multiplicidade e diversidade de casos em que se impõe a superação da imunidade do patrimônio dos sócios em face das obrigações sociais. A lição de JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA abona a orientação ora sustentada:

A ordem jurídica só tem sentido quando orientada basicamente por determinados valores sem os quais ela não tem justificativa possível. Tais valores radicam, em última análise, na dignidade da pessoa humana, na fundamental existência de direitos dos homens, e de igualdade entre todos os homens. A pessoa jurídica, realidade accidental e subordinada a esses valores reitores da ordem jurídica, existe em função de determinados fins considerados humana e socialmente relevantes. [...] A pessoa jurídica é uma realidade que tem funções – função de tornar possível a soma de esforços e recursos econômicos para a realização de atividades produtivas impossíveis com os meios isolados de um ser humano; função de limitação dos riscos empresariais; função de agrupamento entre os homens para fins religiosos, políticos, educacionais; função de vinculação de determinados bens ao serviço de determinadas finalidades socialmente relevantes. À medida, porém, que as estruturas sociais e econômicas evoluem, tipos

³¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 284.

legais previstos para determinadas funções vão sendo utilizados para outras – não previstas pelo legislador – funções. Se tais funções novas entram em contraste com os valores reitores da ordem jurídica, há uma crise da função do instituto.³¹⁵

Considerando o caráter instrumental da pessoa jurídica, se ocorrer desvio da finalidade que a legitima, cessam as razões determinantes da aplicação das regras especiais ditadas justamente para possibilitar o desempenho de suas funções.³¹⁶ Sob esse enfoque, invocáveis as concepções nominalistas antes examinadas nos itens 7.5.5 a 7.5.10, supra, a cujo teor, em síntese, o problema do abuso da personalidade se manifesta no gozo da disciplina especial além das situações objetivas que justificam a sua aplicação, em fruir da isenção ao direito comum além dos limites que o legislador previu e nos quais quis contê-la. Paralelamente, a repressão ao abuso da personalidade jurídica importa a desaplicação da disciplina especial e o retorno ao direito comum toda vez que faltem os pressupostos que justificam as razões do privilégio normativo.³¹⁷

10.11 Quanto ao outro pressuposto legal caracterizador do abuso da personalidade jurídica (confusão patrimonial), considera-o COMPARATO o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis* (nota 247, supra).³¹⁸ Tal critério também é adotado pela jurisprudência estrangeira, como a norte-americana, a italiana, a alemã e a espanhola, consoante exposto nos itens 8.3.2, 8.5.2, 8.6.1, 8.7 e nota 178, supra.

10.12 Outras considerações se impõem sobre o novel dispositivo legal. Este refere-se “aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.” Os primeiros nem sempre serão sócios, conforme acontece justamente nos tipos mais importantes, praticamente os únicos adotados, de sociedade: a sociedade anônima (Lei 6.404/76, art. 146) e a sociedade limitada (art. 1.061 do novo Código Civil). A responsabilidade dos administradores vem sendo regulada em dispositivos legais específicos, tais como o art. 1.016 do novo Código Civil (sociedades em geral); os arts. 158 e 159 da Lei 6.404/76 (sociedade anônima); os arts. 39 e 40 da Lei 6.024/74 (instituições financeiras); o art. 135 do Código Tributário Nacional (responsabilidade tributária), cuja incidência não importa em desconsiderar a personalidade jurídica conforme a opinião mencionada nos itens 6.2 e 10.2, e nota 301, supra. Vigente o novo Código, dilatar-se-á a base legal para a responsabilização patrimonial do

³¹⁵ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. **A dupla crise da pessoa jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 608. Na mesma trilha, o entendimento de Marçal Justen Filho, lembrado por HÉLIO DA SILVA NUNES: “[...] a incidência da Teoria, em matéria societária, só tem pertinência quando presente uma desfunção na atuação da pessoa jurídica: o mau uso da pessoa jurídica leva a um desvirtuamento na função social do ente coletivo, função essa que lhe foi abstratamente prevista pelo ordenamento jurídico.” (NUNES, Hélio da Silva, op. cit., p. 29)

³¹⁶ Por exemplo, a limitação da responsabilidade dos sócios (art. 1º da Lei 6.404/76) possibilita a circulação das ações das sociedades anônimas, pressuposto do seu desenvolvimento (itens 4.5 e 4.6, supra).

³¹⁷ ZORZI, Nadia, op. cit., p. 265 e 274.

³¹⁸ COMPARATO, Fábio Konder, op. cit., p. 333.

administrador, ainda que não-sócio, aplicando-se-lhe a disposição genérica do art. 50 com a amplitude apresentada.

10.13 De outra parte, o dispositivo não contempla, ao menos diretamente, o abuso da personalidade jurídica perpetrado por quem não seja sócio nem administrador de direito, problema lembrado por NÁDIA ZORZI, que ressaltou as dificuldades em solucioná-lo (item 6.7, *supra*).

10.14 Oportuno renovar, neste passo, a crítica formulada por RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, de que o art. 50 deveria prever também a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica para beneficiar seus sócios (itens 6.4 a 6.4.2, *supra*), questão oposta àquela de regra no centro das preocupações da doutrina e da jurisprudência, identificada com a utilização da personalidade jurídica qual escudo de cobertura dos sócios perante terceiros.

10.15 Casos suscetíveis de provocar debates acerca do respectivo enquadramento na regra legal sob exame, são aqueles classificados por FÁBIO ULHOA COELHO como de desconsideração inversa, em que a finalidade do afastamento do princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica é responsabilizar a sociedade por obrigação do sócio (item 6.6, *supra*). O art. 50 alude a “que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidas aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”, mas não, inversamente, na extensão dos efeitos de obrigações daquelas pessoas aos bens sociais. Todavia, afigura-se invocável, em prol da inclusão desses casos no âmbito de incidência do mesmo artigo, o entendimento manifestado no item 6.6.1, *supra*, segundo o qual se visa, ainda em se tratando da chamada desconsideração inversa, a atingir bens dos sócios, que se encontram formalmente no patrimônio da sociedade com a finalidade única de serem escudados pela personalidade jurídica.³¹⁹

10.16 Ainda que o efeito mais importante da personificação consista na autonomia patrimonial,³²⁰ sobretudo relativamente às sociedades classificadas como de responsabilidade limitada (sociedade anônima e sociedade limitada), em que vigora o princípio da incomunicação de responsabilidade, outras conseqüências decorrem da atribuição da personalidade jurídica. Dentre elas aponta TONELLO, ao analisar criticamente a concepção tradicional do fenômeno societário, a modificação conceitual da vontade social, que deixa de ser entendida como ato executivo do contrato originário para se tornar a expressão volitiva da pessoa jurídica, produtora de eficácia jurídica independentemente dos sócios ausentes e dissidentes, porque emanada de um sujeito de direito distinto (item 9.1, *supra*). A reunião ou assembléia dos sócios, completa

³¹⁹ Na busca de uma solução juridicamente fundamentada para os casos da espécie, revelam sua consistência as concepções qualificadas como nominalistas, anteriormente examinadas nos itens 7.5.5 a 7.5.10, *supra*: caracterizado o abuso da personalidade jurídica, ausentes estarão os pressupostos que justificam a aplicação da disciplina especial, sobretudo a incomunicação de responsabilidades, voltando a incidir o direito comum.

³²⁰ Conforme a manifestação de COMPARATO, já referida, “a pessoa jurídica nada mais é, afinal, do que uma técnica de separação patrimonial.” (COMPARATO, FÁBIO Konder, *op. cit.*, p. 333)

GALGANO, qual órgão soberano da sociedade, é o lugar de formação da vontade da pessoa jurídica que, enquanto tal, vincula todos os sócios (nota 259, supra).³²¹

10.16.1 Abusos do direito de voto são, nessa perspectiva, passíveis de ser classificados como abusos da personalidade jurídica *lato sensu* (item 6.5, supra). Para enfrentá-los, recorre-se, de regra, à edição de dispositivos legais específicos e também, modernamente, à concepção contratualista, com incidência restrita às relações internas entre os sócios (item 9, supra). Tais soluções não se constituem em aplicação da teoria da desconsideração em sua concepção usual.

10.16.2 Exemplos apontados por GARRIGUES, ao examinar a reação jurisprudencial ao abuso da personalidade, igualmente não configuram abusos da responsabilidade limitada: a criação de uma sociedade que descumpra o pacto de não concorrência que obrigava individualmente seus sócios (como a obrigação era dos indivíduos, eles constituem uma sociedade para que seja uma terceira pessoa, a sociedade, a descumprir a proibição de concorrência que, formalmente, não lhe afetava); a provocação de um sinistro pelo sócio da sociedade segurada; a utilização da sociedade anônima para eludir o cumprimento das obrigações de arrendatário em um contrato de arrendamento, ou a proibição de trespasse ou do subarrendamento.³²²

10.16.3 Nesses casos, a finalidade imediata da desconsideração não consistirá em estender os efeitos de uma obrigação pecuniária aos bens particulares dos administradores ou sócios, como possibilita o art. 50, mas evitar que, através da utilização da estrutura formal da pessoa jurídica, sejam eludidas obrigações legais ou contratuais.

10.17 As considerações antes expostas estão a demonstrar que, por maior que seja a amplitude que venha a ser conferida ao art. 50 pela jurisprudência na busca de resposta aos problemas da realidade (item 10.10, supra), nem todos eles, por sua diversidade e complexidade, encontrarão desfecho no referido dispositivo legal. Ocasionalmente haverá em que os tribunais necessitarão continuar recorrendo à teoria da desconsideração (item 10.4, supra). Deixar de fazê-lo a pretexto de inexistência de dispositivo legal expresso, em que se enquadre diretamente o caso em julgamento, significa o mesmo que amparar a fraude.³²³ A diferença está em que, existindo previsão legislativa que incida sobre o caso particular, dispensável será justificar tecnicamente a superação. Porém, essa tarefa, quando necessária, restará facilitada com a entrada em vigor do novo Código, porquanto os julgadores, além do argumento decorrente do repúdio ao abuso da personalidade contemplado expressamente na parte geral, contarão com o art. 188, I, correspondente ao art. 160, I, do Código vigente, e, ainda, com o reforço do art. 187 (item 10.10.3, supra). Ademais, o recurso à concepção contratualista (item 9, supra) poderá ensejar solução para questões entre sócios, destacando-se, aqui, a possibilidade de invocar as cláusulas gerais que, no novo Código, comandam o

³²¹ Tratam da matéria, no direito brasileiro, os arts. 136 e 137 da Lei 6.404/76 (sociedades anônimas) e os arts. 1.072, § 5º, 1.076 e 1.077 do novo Código Civil (sociedades limitadas), dando o último dispositivo maior amplitude ao direito de recesso comparativamente ao art. 137 da Lei 6.404.

³²² GARRIGUES, Joaquín. **Problemas atuais das sociedades anônimas**, op. cit., p. 45.

³²³ COELHO, Fábio Ulhoa, op. cit., v. 2, p. 37.

comportamento contratual, quais sejam as da “função social do contrato” (art. 421), “probidade e boa-fé objetiva” (art. 422).³²⁴

11 Considerações finais

11.1 Nada obstante as censuras que têm sido formuladas a concepções pertinentes à personificação e seus efeitos, mormente no tocante à alteridade, em termos absolutos, entre a sociedade e seus integrantes, é inegável a contribuição trazida pelo conceito de pessoa jurídica, em que se destaca a autonomia patrimonial (itens 4.4 a 4.6, supra). Não é por acaso que predominam, quase com exclusividade, as sociedades empresárias de responsabilidade limitada. Nem é casual a tendência à limitação da responsabilidade do empresário individual, preferentemente sob a forma de sociedade unipessoal (item 5, supra). Argumentos de toda ordem são invocáveis em prol da conveniência e mesmo indispensabilidade da atribuição da personalidade a entidades tanto de direito público como de direito privado. O que se busca, ao se alvitrar soluções que implicam inclusive uma revisão crítica do conceito de pessoa jurídica, é superar a falta de atendimento a exigências de justiça substancial, não raro envolvida na aplicação da disciplina legal de tais entidades. Numa perspectiva jurídico-formal, pode-se chegar a que a limitação da responsabilidade dos sócios não é um benefício subordinado à observância de requisitos de legitimação, organização e gestão da sociedade, mas tão-somente um efeito que se alcança *de jure* mediante a constituição de um ente social dotado de personalidade jurídica. Destarte, o sócio não responde pelos débitos da sociedade por ser esta uma pessoa distinta, a que se aplica a norma geral da responsabilidade patrimonial, porquanto responde ela da mesma maneira que a pessoa física (a outra espécie do gênero pessoa), com todos os seus bens para o cumprimento de suas obrigações (CPC, art. 591): transforma-se um princípio que, embora lícito, é de direito especial das sociedades³²⁵ em aplicação do princípio geral da responsabilidade patrimonial.³²⁶

11.2 Posições mais atuais situam o problema do abuso da personalidade jurídica na fruição da disciplina especial além das situações objetivas que justificam sua aplicação, no beneficiar-se da imunidade ao direito comum fora dos limites estabelecidos pelo legislador. Paralelamente, a repressão ao abuso da personalidade jurídica importa a desaplicação da disciplina especial e o retorno ao direito comum toda vez que falem os pressupostos que justificam o privilégio normativo.³²⁷

11.3 De qualquer sorte, não se discute a imprescindibilidade da pessoa jurídica (itens 5.3 e 5.4, supra); nem se duvida que dela se pode fazer um uso correto ou um uso

³²⁴ MARTINS-COSTA, Judith, *op. cit.*, p. 144.

³²⁵ Cf. art. 1º da Lei 6.404/76 (sociedades anônimas); art. 2º do Dec. 3.708/19 e art. 1.052 do novo Código Civil (sociedades limitadas). No direito comparado, como as sociedades de responsabilidade limitada são, de regra, as únicas personificadas (item 2, supra), os debates em torno do abuso da personalidade jurídica preocupam-se sobretudo com o abuso da responsabilidade limitada. Ilustrativa a esse respeito, a obra de MATTEO TONELLO, tantas vezes citada neste estudo.

³²⁶ TONELLO, Matteo, *op. cit.*, p. 33 e 36.

³²⁷ ZORZI, Nadia, *op. cit.*, p. 1074.

abusivo.³²⁸ Na última hipótese, visando inclusive à sua preservação, cabe reagir mediante uma das técnicas previstas em lei ou propostas pela doutrina e pela jurisprudência (itens 7 a 10, supra). Nessas não se inclui, como meio idôneo, a denominada desconsideração menor (item 6.3, supra). Ignorar pura e simplesmente a existência da pessoa jurídica legitimamente constituída, para atingir os sujeitos internos à sociedade, mostra-se tão infundado quanto admitir que ela seja erigida em escudo para acobertar abusos. Nem nas mais avançadas concepções críticas pertinentes à matéria ou nas mais atuais elaborações hermenêuticas encontrar-se-á apoio para tal atitude.

11.4 Através da aplicação das cláusulas gerais, os juízes podem realizar a função de controle social visada pelo ordenamento para atingir um balanceamento dos desequilíbrios presentes em todo sistema, temperando, assim, as razões da produção (limitação da responsabilidade e outros efeitos da personificação) com as da solidariedade social (tutela de interesses particulares, do prejudicado pelo ato ilícito, do acionista minoritário, dos credores sociais), que se inserem no amplo esquema de garantia de interesses sócio-institucionais buscado pela ordem jurídica.³²⁹ Espera-se que o novo Código Civil incentive a tarefa de constante adequação do direito à realidade, mercê de seu sentido social, apontado como uma de suas características mais marcantes.³³⁰

³²⁸ GARRIGUES, Joaquín. **Problemas atuais das sociedades anônimas**, op. cit., p. 46.

³²⁹ MANES, Paola, op. cit., p. 827-828.

³³⁰ REALE, Miguel. **O projeto do novo código civil**, op. cit., p. 7.

Bibliografia

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. As obrigações e os contratos. Revista CEJ, Brasília, v. 3, n. 9, p. 31-39, set./dez. 1999.
- AMARO, Luciano. Desconsideração da pessoa jurídica no código de defesa do consumidor. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 31, n. 88, p. 70-80, out./dez. 1992.
- ANDRÉ TUNC. Le droit anglais des sociétés anonymes. Paris: Dalloz, 1971.
- BASILE, Massimo e FALZEA, Angelo. Persona giuridica – diritto privato. Enciclopedia del diritto. Milano: Giuffrè, 1983, v. XXXIII, p. 234-276.
- BEVILAQUA, Clóvis. Código civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1975.
- BORGES, Eunápio. Curso de direito comercial terrestre. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. Tratado de direito comercial brasileiro. São Paulo: Freitas Bastos, 1958, v. III.
- CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei de sociedades anônimas. São Paulo: Saraiva, 1982, v. 5.
- _____. _____. São Paulo: Saraiva, 1984, v. 3.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1.
- _____. _____. São Paulo: Saraiva, 2002, v. 2.
- COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- CONTE, Mattia e MACCABRUNI, Franco F. Analogie e permanenti differenze fra il diritto societario italiano e quelli dei principali paesi dell'Unione Europea. Contratto e impresa/Europa, Padova, v. 3, n. 2, p. 939-983, lug./dic. 1998.
- COTTINO, Gastone. Diritto commerciale. Padova: CEDAM, 1987, v. I, t. II.
- CRISTIANO, Romano. Personificação da empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- DENARI, Zelmo. Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- DIZIONARIO Sandron della Lingua Italiana. Novara: Istituto Geografico De Agostini, 1980.
- FARNSWORTH, E. Allan. Introdução ao sistema jurídico dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Forense, 1963.
- GALGANO, Francesco (org.). Atlante di diritto privato comparato. Bologna: Zanichelli, 1997.
- _____. Commentario del codice civile, art. 11-35, editado sob a coordenação de Antonio Scialoja e Giuseppe Branca. Bologna: Zanichelli, 1969.

- _____. Contrato e persona jurídica nelle società di capitali. *Contratto e Impresa*. Padova, v.12, n.1, p. 1-8, gen./apr. 1996.
- _____. Contrattualismo e no per le società di capitali. *Contratto e Impresa*. Padova, v.14, n.1, p. 1-11, gen./apr. 1998.
- _____. *Diritto privato*. Padova: CEDAM, 1985.
- _____. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. Bologna: Zanichelli, 1999.
- _____. *Las instituciones de la economía capitalista*. Valencia: Fernando Torres, 1980.
- _____. *Storia del diritto commerciale*. Bologna: Il Mulino, 1976
- _____. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova: CEDAM, 1984. v. VII.
- GAMBRA, Rafael. *Pequena história da filosofia*. Porto: Tavares Martins, 1978.
- GARRIGUES, Joaquín. *Curso de derecho mercantil*. Madrid: Imprenta Aguirre, 1976. t. I.
- _____. *Problemas atuais das sociedades anônimas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1982.
- GRAEFF JR., Cristiano. *Compêndio elementar das sociedades comerciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GUALTIERI, Giuseppe e WINIZKY, Ignacio. *Títulos circulatorios*. Buenos Aires: EUDEBA, 1966.
- INZITARI, Bruno. La "vulnerable" persona giuridica. *Contratto e Impresa*, Padova, v. 1, n. 3, p. 679-700, set./dic. 1985.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- LACERDA TEIXEIRA, Egberto. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1979, v. 2.
- LAMY FILHO, Alfredo e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A lei das S/A – pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- LEPARGNEUR, Hubert. *Les sociétés commerciales aux États-Unis d'Amérique*. Paris: Dalloz, 1951.
- LUCCHESI, Franco. *Voltagio. Corporazione – diritto civile*. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffré, 1962, v. X, p. 676-679.
- LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MAC-DONALD, Norberto da Costa Caruso. O projeto de código civil e o direito comercial. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 16, p. 139-160, 1999.
- MANES, Paola. La teoria del *lifting the veil of incorporation* in Inghilterra. *Contratto e Impresa*, Padova, v.15, n. 2, p. 718-829, mag./ago. 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARTINS FILHO, Antônio. Limitação da responsabilidade do comerciante individual. Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre. Porto Alegre, v. 1, p. 284-338, 1951.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. Porto Alegre, v. 15, p. 129-154, 1998.

NEGRÃO, Theotonio. Código de processo civil e legislação processual em vigor. São Paulo: Saraiva, 1999.

NUNES, Hélio da Silva. A *disregard doctrine* – A falência – A extensão da falência e extensão dos efeitos da falência. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 39, n. 120, nova série, p. 22-40, out./dez. 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de. A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. I.

_____. _____. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, t. XXVIII.

_____. _____. Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, t. L.

_____. _____. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, t. LI.

PORTALE, Giuseppe B. Lezioni di diritto comparato. Torino: G. Giappichelli, 2001.

REALE, Miguel. O projeto do novo código civil. São Paulo: Saraiva, 1999.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). Aspectos modernos de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 67-86.

_____. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1989, v. I.

_____. Curso de direito falimentar. São Paulo: Saraiva, 1989, v. I.

RODA, Carmen Boldò. La dottrina del *levantamiento del velo* della personalità giuridica nel diritto privato spagnolo. Contratto e Impresa, Padova, v.14, n.1, p. 256-313, gen./apr. 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993, v. II.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1994, v. I.

_____. _____. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. II.

TONELLO, Matteo. L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali. Padova: CEDAM, 1999.

TRABUCCHI, Alberto. Istituzione di diritto civile. Padova: CEDAM, 1986.

VALVERDE, Miranda. Comentários à lei de falências. Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. I.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Falência – Desconsideração da personalidade jurídica. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, v. 39, n. 120, nova série, p. 165-172, out./dez. 2000.

VERRUCOLI, Piero. Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella *common law* e nella *civil law*. Milano: Giuffrè, 1964.

VILLELA, João Baptista. Capacidade civil e capacidade empresarial: poderes de exercício no projeto do novo código civil. Revista CEJ, Brasília, v. 3, n. 9, p. 21-24, set./dez. 1999.

WEIGMANN, Roberto. L'impresa individuale a responsabilità limitata. In: GALGANO, Francesco (org.). Atlante de diritto privato comparato. Bologna: Zanichelli, p. 195-206, 1997.

ZORZI, Nadia. Il superamento della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito. Contratto e Impresa, Padova, v. 10, n. 3, p. 1062-1089, set./dic. 1994.

Breves Palavras Acerca do Iluminismo e o Direito

Plínio Melgaré

Mestre em Ciências Jurídico-Filosóficas (Universidade de Coimbra) e Professor de Filosofia do Direito e História do Pensamento Jurídico (Universidade Federal do Rio Grande do Sul).

Resumo:

*O Iluminismo: suas principais características, o desenvolvimento da razão humana, o fenômeno da secularização, a autonomia individual e as alterações ocorridas no mundo do direito. A conseqüente reconstrução do paradigma do direito natural e a adoção do método demonstrativo. O distanciamento do Direito Romano e a *Communis Opinio Doctorum* alinhados ao novo postulado racional e a consolidação das codificações. O direito português em face do Iluminismo: a Lei da Boa Razão e os Estatutos da Universidade de Coimbra que, por meio de estudantes brasileiros, influenciaram a cultura jurídica pátria.*

Abstract:

*The Iluminism: its mains characteristics, the development of the human reason, the phenomenon of secularization, the individual autonomy and the alterations that have occurred in the world of law. The consequent reconstruction of the paradigm of the natural law and the adoption of the demonstrative method. The aloofness of the Roman Law and the *Communis Opinio Doctorum* aligned to the new rational postulate and the consolidation of the codifications. The Portuguese Law in face the Iluminism: the Law of the Good Reason and the Statutes of the Coimbra University that, through the brazilian students, influenced the motherland legal culture.*

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO – ASPECTOS GERAIS – CÓDIGOS JURACIONALISTAS – CORTE COM A TRADIÇÃO JURÍDICA (*COMMUNIS OPINIO DOCTORUM* E O DIREITO ROMANO) – O PERÍODO ILUMINISTA NO DIREITO PORTUGUÊS – APRECIACÕES FINAIS

“O Iluminismo é a saída do homem do estado de minoridade que ele deve imputar a si mesmo. (...). Sapere aude! Tem a coragem de servir-te de tua própria inteligência! Esse é o lema do Iluminismo” – Emmanuel Kant

INTRODUÇÃO

O propósito deste trabalho é consignar algumas considerações sobre o direito no período do Iluminismo. Sabemos que foi uma época onde profundas alterações, nos mais diversos campos do saber e da cultura humana, foram efetivadas. E o direito, alheio a estas mudanças, não ficou. Ao contrário, na seara do pensamento jurídico e do direito ocorreram modificações importantes que o afetaram sobremaneira, a ponto de projetar influências percebidas mesmo após o final do Iluminismo.

Desse modo, partimos de aspectos gerais do referido período, o chamado Século das Luzes. Destacamos – e não poderíamos deixar de fazer, sob pena de comprometermos seriamente o trabalho – a (re)compreensão e o primado da razão humana. Assim, consideramos as conseqüências que a crença na razão impõe ao fenômeno jurídico. Tecemos comentários também sobre as codificações que marcaram a época, em especial o *Code Civil* de 1804.

Na seqüência, focalizamos a distinção que se opera no campo das fontes jurídicas e a ruptura existente com o pensamento anteriormente estabelecido. Notadamente, o corte efetuado com o direito romano e a *communis opinio doctorum*. Observa-se que este corte referido ocorre sempre tendo como pano de fundo a razão humana. E isso demonstramos no corpo do trabalho.

Por derradeiro, olhamos para o direito português e as influências acarretadas pelo movimento iluminista, conduzindo nossos estudos até a reforma efetivada no ensino universitário, com o surgimento dos novos Estatutos da Universidade de Coimbra.

Assim foi pensado o trabalho.

ASPECTOS GERAIS

O século XVIII é aquele marcado pela influência do Iluminismo. Em Portugal, contudo, tal período fez sentir-se por volta da segunda metade do referido século, conforme constataremos no transcorrer do trabalho.

Caracterizar o indigitado período, objeto de estudo deste trabalho, com suas características conformadoras do pensamento jurídico, certamente, não é tarefa das mais fáceis, eis que encontramos diversos modelos, vertentes, tendências que, inclusive, apresentam fatores próprios em diversos países do continente europeu.¹ Desse modo, a homogeneidade não pode ser colocada como matriz do Iluminismo setecentista. LUÍS CABRAL DE MONCADA, um autor nomeadamente dedicado a estudar – e o fez de modo profundo – o período, assim se expressou: “O chamado Iluminismo está longe de ter sido um movimento uno na Europa. Há, por assim dizer, vários Iluminismos nos diversos países europeus,

¹ Assim, pode-se caracterizar distintamente um Iluminismo na França, outro na Inglaterra, na Itália, Alemanha, cada qual com peculiaridades próprias.

nos quais, sobre uma unidade mais profunda de certas características comuns vieram-se instalar-se também muitas características próprias, provenientes de muitas diversidades de Cultura e de tradição de toda a ordem" (1949, 06).² Com efeito, o "Século das Luzes", movimento que adquire relevo no período setecentista, não se configura como um sistema fechado de idéias, sendo, em verdade, um difuso movimento humano-cultural, em que se desenvolve "*la lotta della ragione contro l'autorità come lotta della luce contro le tenebre: donde il nome di illuminismo*" (FASSÒ: 2001, 194).

Contudo, a mencionada heterogeneidade de caracteres não implica que não se possa estabelecer traços comuns, essenciais e convergentes. E um desses elementos identificadores, trata de um superlativo desenvolvimento da habilidade racional do homem. Logo, ainda que genericamente, é adequado considerarmos como sendo a época da razão – uma, imutável – e do racionalismo.

Tal característica, que tem seus albores no Século XVII, preponderando no século seguinte, provoca uma relevante alteração no âmbito e na história da compreensão jurídica. Nesse norte, sobressai a doutrina cartesiana e o abalo sofrido pela até então reinante autoridade da Antigüidade Clássica. De fato, RENÉ DESCARTES (1596-1650), há de ser sublinhado, não projetou a elaboração de um sistema jurídico. Entretanto, a essência de seu pensamento confrontava diretamente supostos que serviam de base do pensamento medievo. Por conseguinte, frente a toda e a máxima autoridade dada aos textos, bem como a relevância das opiniões reinantes, impunha-se, de agora em diante, a análise crítica, e, ante à particularidade da casuística, princípios e postulados gerais (COING: 1996, 104).

Outro fator a ser gizado no período moderno-iluminista é a sua forte carga, base antropológica. Com isso, fazemos menção ao entendimento que o ser humano passa a fazer de si mesmo. Destacamos, nesse âmbito, a autonomia do homem, é dizer, o corte efetivado com uma pressuposta e transcendentalmente existente ordem, acentuando a razão³ como elemento fundamentante da ação e do saber do homem. Por esse *iter*, a liberdade como que reencontra sua raiz primitiva, de ato de desvinculação, de independentizar-se dos vínculos, de negar e refutar toda e qualquer organização social estribada em uma relação de privilégios entre a autoridade e a verdade. De fato, "*a luta da independência individual pela eliminação dos vínculos de subordinação pessoal, pela autonomização do indivíduo, é ao mesmo tempo a luta contra a afirmação de uma verdade pública única e vinculante para todos*" (BARCELONA: 1989, 46).

Rigorosamente, no período que estamos a considerar, evidencia-se uma radical distinção em relação àquela a postura conformadora do temperamento humano tão próprio da Idade Média. Lá, encontrava-se o homem condicionado, vinculado a leis exteriores. O homem era um ser passivo que ainda não tinha descoberto seu espírito crítico. Em conformidade com KANT, o Iluminismo corresponderia a uma crise de crescimento, a

² No mesmo sentido, ver o posicionamento de GUIDO ASTUTI, no seu texto intitulado "O Absolutismo Esclarecido em Itália e o Estado de Polícia", in *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa: 1984.

uma vontade de afastar-se da infância e, “*se, nas épocas precedentes, o homem se mantivera sob tutela, fora por culpa própria: não tivera a coragem de se servir da razão; tivera sempre necessidade de um mandamento exterior*” (apud HAZARD: 1989, 40).

É certo, contudo, que o período medievo não teve seu ciclo terminado gratuitamente, por obra do acaso. Com efeito, salientamos causas e fatos objetivos determinantes do fim desse período. Elencamos, sem a pretensão de sermos taxativos, os seguintes fatos: a invenção da imprensa que proporcionou o espriar das novas idéias; os descobrimentos, que colocaram o homem em contato com outros povos; e o natural desenvolvimento comercial, bem como a teoria de COPÉRNICO, a demonstrar o movimento da Terra em torno do Sol, o qual aquilatamos sua importância e seus efeitos trazendo à baila as palavras de BERTOLT BRECHT, em seu texto intitulado *Circo de Massas: “A descoberta (...) que aproxima o homem do animal ao afastá-lo dos astros, que manda o homem girar com o seu globo à volta do Sol, o arranca do centro e o atira para o monte dos figurantes (...)”* (1998, 57).

Destarte, sobretudo a partir do período setecentista, forja-se uma penetrante oposição, contraste com o período histórico antecedente. Para ilustrarmos tal assertiva, trazemos à baila as expressões de P. HAZARD: “*a hierarquia, a disciplina, a ordem, que a autoridade se encarregara de assegurar, e os dogmas que regulam firmemente a vida, tais são os valores amados pelos homens do século XVII. Constrangimento, autoridade, dogmas, tais são, em contrapartida, os valores rejeitados pelos homens do século XVIII, seus sucessores imediatos. Os primeiros são cristãos, os outros anti-cristãos; os primeiros vivem à vontade numa sociedade dividida em classes desiguais, os segundos sonham apenas com a igualdade; os primeiros crêem no direito divino, os segundos no direito natural*” (apud HESPANHA, 1984, 253).⁴ Sem embargo, duas características marcantes identificaram o período medievo: o domínio da consciência humana por uma revelação divina e a percepção cristão-ocidental de constituir, sobretudo, uma unidade religiosa, que também política, mas que tinha por seu fundamento a religião.⁵

No período da Ilustração, encontramos o homem emancipado. E o termo “emancipação” fora empregue, primeiramente, com o sentido da liberdade de um povo em se reger. Na Alemanha, em 1792, corresponderia a dizer que o homem possuía em si próprio o sentido de orientação do seu próprio comportamento. Posteriormente, assume um caráter extensivo a toda a humanidade, “*destinatária de uma acção libertadora, pois não há maior crime do que manter os homens na condição de animais domésticos*” (BAPTISTA PEREIRA: 1990, 95).

³ Assim pode ser entendida a razão iluminista: “*É como uma soberana que, tendo alcançado o poder, toma a resolução de ignorar as províncias onde sabe que nunca poderá reinar totalmente. (...) Tal é o papel da razão: em presença do obscuro, do duvidoso, lança-se ao trabalho, julga, compara, utiliza uma medida comum, descobre, pronuncia-se. (...) Da razão depende toda a ciência e toda a filosofia. (...) A razão basta a si própria: quem a possui e exerce sem preconceitos jamais se engana: (...) ela segue infalivelmente o caminho da verdade*” (HAZARD: 1989, 35-37 passim).

⁴ Parece-nos que o citado autor refere-se, em sua última distinção, quando fala em «direito natural», ao direito natural moderno, ou seja, àquele que tem como fundamento último a razão, ao jusracionalismo.

⁵ Nesse sentido, ver FASSO: 2001, 05.

Igualmente, há o fenômeno, no sentido de algo manifestado à consciência, da secularização. Aquando da sua primeira utilização, significava “*expropriação de bens e domínios eclesiais*” (BAPTISTA PEREIRA: 1990, 39). Na verdade, estávamos frente ao surgimento do poder civil, entendido pela sua autonomia de ação e, igualmente, a um homem compreendido autonomamente. Um homem achando-se autor da história, responsável por ele mesmo, pensando por si próprio, almejando uma razão humana de caráter universal. Sem embargo, através do processo da secularização, o mundo passa a integrar a esfera da compreensão racional do ser humano. A religião e também a Igreja deixam, como fundamento, de ser elementos que projetam a sociedade.⁶ O mundo pertence a uma esfera de projeção racional da compreensão humana.

Temos, agora, um homem responsável por si próprio, pelo seu destino, reconhecendo e descobrindo sua autonomia, e sendo sujeito da sua própria existência. Um ser humano com espírito crítico e emancipado. Os valores componentes do mundo humano deixam de ser vistos como projeção de uma expressão de vontade suprema, oriunda de uma divindade, e passam a ser de responsabilidade do próprio homem. Por certo, “*o homem distanciou-se de Deus – pois se Deus é transcendente ao homem, a história é, postuladamente, da responsabilidade deste último*” (BRONZE: 1997, 311).⁷

O poder e sua vontade constituem uma prerrogativa individual. A até então organização hierárquica estabelecida na sociedade feudal como algo natural é abandonada pelo homem, que promove e implementa uma nova ordem em nome do indivíduo. De fato, a concepção da emancipação do homem amplia e estende suas conseqüências até momentos posteriores. Nessa linha, registramos: “*o pensamento e a ação dos séculos XIX e XX são governados pela ideia de emancipação da humanidade. (...) O progresso das ciências, das técnicas, das artes e das liberdades políticas emancipará a humanidade inteira da ignorância, da pobreza, da incultura, do despotismo, e não fará apenas homens felizes, mas, nomeadamente graças à Escola, cidadãos esclarecidos, senhores do seu próprio destino*” (LYOTARD: 1999, 101). Pois tal é o momento do jusracionalismo, em que o jurídico, assim como o político e também a moral, apresentam uma redução ao método das ciências demonstrativas. Houve a preconização de um direito eterno e imutável, tendo como pilar a razão humana, válido para todos e em todas as épocas. Delineia-se um conhecimento jurídico consoante um novo ideário ético, qual seja o de uma sociedade construída e organizada de acordo com a razão universal e válida para todos e em todos os tempos e lugares. Encontra-se, pontualmente, uma clara distinção com a compreensão que se tinha a respeito do direito na Idade Média, eis que, no período medievo, o direito assentava e emanava de uma vontade deificada, divina. Por conseguinte, a idéia primeira e nuclear do direito natural repousava na idéia de Deus.

⁶ Até então, lembramos, a verdade era que a ordem, o poder fundava-se na religião, enquanto que, na cultura secularizada, como fundamento, a antropologia substitui a Religião. Outrossim, a secularização vincula-se ao conceito de “*soberania e razão-de-Estado e à reforma protestante, que levaram à separação entre Direito e Teologia*” (LAFER: 1999, 38)

⁷ Convém lembrarmos a observação feita por HANNAH ARENDT, ao afirmar que a emancipação e a secularização apresenta um “*desvio, não necessariamente de Deus, senão de um Deus que era o Pai dos homens no céu*” (1998, 14).

Impende acentuar que o direito natural moderno instrumentalizou o Direito Positivo. A lei natural brotava da razão e iluminava as leis emanadas da autoridade civil. De fato, registramos que “*natural significava racional, e sobretudo não-sobrenatural; e o chamado a natureza era em realidade um chamado à consciência crítica do homem (...), da razão humana, a medida de toda a verdade em todos os campos*” (FASSÒ: 2001, 194). Uma razão subjetiva e crítica, assim como um racionalismo humanista e antropocêntrico. A concepção racionalista, na esteira dos ensinamentos de NORBERTO BOBBIO, pode ser caracterizada por estas duas asserções fundamentais:

- o mundo é um sistema ordenado regido por leis universais e necessárias
- o homem é um ser racional, ou seja, dotado de uma faculdade que lhe permite compreender aquelas leis

Centrado nessas assertivas, prossegue o mencionado autor: “*A ciência, em definitivo, consiste no descobrimento e formulação de leis que estão já na natureza e que como tais são imutáveis e necessárias; em consequência os resultados obtidos, suas verdades, têm caráter de definitivo*” (apud ORTEGA: 1998, 25). Assim, desde logo, temos uma razão referente ao sujeito, crítica, e um racionalismo com raízes humanistas⁸ e antropocêntricas.

Salientando outra característica geral, surge, nesse período, a concepção individualista e liberal tanto do Estado quanto do direito. O direito natural apresenta como sustentáculo direitos originários do indivíduo, nascidos antes mesmo de qualquer vinculação social ou civil. A idéia que se passa a ter do Estado impõe, como reivindicação, a liberdade do indivíduo. Em conformidade com CABRAL DE MONCADA, arrolamos duas causas dessas transformações: ideológicas e políticas. Como ideológica assinala-se um certo espírito individualista, vicejante desde o Renascimento e o período barroco, animado pelas guerras religiosas desenvolvidas nos séculos XVI e XVII. Como causa política, apresenta a Revolução Inglesa de 1688, bem como “*o sentimento de liberdade de consciência, reclamada pelos dissidentes calvinistas franceses, e sobretudo ingleses, depois das lutas religiosas dos séculos XVI e XVII*” (1995, 202 e 203). Por via de consequência, o individualismo “*acabou por ser expressão político-social da liberdade moderno-iluminista*” (CASTANHEIRA NEVES: 1976, 05), e tal individualismo distingue, sobremaneira, o homem moderno do homem pré-moderno.

Voltando nossas reflexões à razão, tão caracterizadora do momento, releva observar que passou a ser a derradeira instância mobilizada pelo homem, sendo força motora de suas ações. A razão iluminista seria aquela instância que albergaria as verdades eternas, livre da sujeição das verdades postas pela revelação teológica, sendo restringida à experiência. Distingue-se, dentre toda a variável gama de possibilidades dos princípios fundamentais e indiscutíveis das religiões, das crenças morais, um termo não sujeito a

⁸ Como exemplo do cariz humanista, citamos, no âmbito do Direito Penal, a obra de CESARE BECCARIA, “*Dei Delitti e delle Pene*”, do ano de 1764.

mudanças, que, em sua unidade e consistência, afirmam a própria essência da razão (CASSIRER: 1997, 23). Ainda em CASSIRER, encontramos que a razão do século XVIII perde a característica de ser uma idéia inata e, por via de consequência, anterior a experiência, podendo ser melhor compreendida se pensada como uma maneira de aquisição – e não propriamente uma posse. Dessarte, torna-se “o poder original e primitivo que nos leva a descobrir, a estabelecer e a consolidar a verdade” (1973, 32).⁹ Essa “razão”, genuína e intensamente potencializada no campo das ciências naturais, contudo, foi trazida para o pensamento jurídico-político. É, portanto, um racionalismo originário do modelo utilizado pelas ciências naturais.

Isso posto, salientamos a construção de sistemas racionais e logicamente coerentes, estruturados em cadeias meramente dedutivas. A raiz dessa origem, baseada na referida ciência natural, trouxe relevantes consequências e influências para o pensamento jurídico. Com efeito, o mesmo pensamento demonstrativo utilizado para as ciências naturais foi transposto para o universo jurídico.¹⁰ A ciência jurídica integrou-se ao universo das matérias alheias à experiência, vinculando-se àquelas dependentes de definições. O direito não dependeria dos fatos, mas de provas e demonstrações racionais. Acreditava-se que, permeado por postulados últimos da razão, fosse possível edificar sistemas prontos, acabados, para qualquer campo do saber humano. Nesse aspecto, reside outra significativa distinção posta pelo projeto iluminista com a maneira de pensar anterior.

Exsurge um sistema jurídico marcadamente axiomático, racional, pleno. E o modo invocado pelo pensar estrutura-se em um silogismo formal, onde a lei passa a ser a premissa maior, o fato a premissa menor, alcançando-se, dedutivamente, a sentença. É o processo de aplicação subsuntiva da lei a imperar e coordenar o raciocínio jurídico, acarretando um racionalismo divorciado completamente das questões práticas.¹¹ Criava-se, prévia e especulativamente, um sistema para, em um segundo momento, ser aplicado na resolução dos concretos casos que emergiam da vida cotidiana.

Sem embargo, o homem moderno-iluminista impunha sua liberdade racional implementando seus interesses. Por certo que haveria interesses divergentes e antagônicos entre si, tornando-se necessário o estabelecer de uma certa ordem. O paradigma vislumbrado para estreimar uma sociedade calcada no indivíduo deveria respeitar e afirmar a liberdade e a igualdade dos indivíduos, determinando-se pela vontade dos próprios

⁹ Ilustramos, outrossim, a razão iluminista com o exemplo utilizado pelo Professor CASTANHEIRA NEVES. Então, segundo o romancista italiano ALBERTO MORÁVIA refere, há dois modos de construir uma estrada: o modo humano, que tem na estrada um instrumento ao serviço do homem e que portanto deve se adaptar à paisagem humana, respeitando-a; e o modo racional, que, aproveitando os conhecimentos da geometria, une dois pontos através de uma linha reta, sacrificando tudo o que de humano ali porventura exista, com o intuito de encontrar a rapidez, a maneira mais diligente (1995, 18).

¹⁰ A corroborar nossa afirmação, registramos: “*Séduits par les premiers succès des sciences physiques et éblouis par la perfection des raisonnements logiques et mathématiques, les hommes (...) poursuivent activement le projet de construire une science naturelle du droit, qui atteindrait à un degré de certitude égal, et peut-être même supérieure, à celui des mathématiques*” (FRYDMAN: 1998, 41).

¹¹ Por todo o visto e ponderado, adotamos as seguintes palavras: “*Le casus n'est plus le point de départ de toute discussion, mais au contraire le point d'arrivée d'une longue chaîne de syllogismes. Qui conduit successivement de la simple raison au droit naturel, de celui-ci aux lois positives générales, et enfin de ces dernières à leurs applications particulières*” (FRYDMAN: 1998, 44).

indivíduos componentes da sociedade. Então, sobressai o modelo contratualista. Importa ressaltar essa nuance do período iluminista para chegarmos a idéia conformadora da lei da época, e, igualmente, a compreensão acerca do direito. Pois, somente será considerado direito aquele que for determinado pelo contrato social. Conseqüentemente, o direito encarregar-se-ia de harmonizar as liberdades de todos e de cada indivíduo.¹² E às leis caberia o papel definidor das regras de convivência dos elementos integrantes desta nova sociedade. Delineada por esse contorno, a lei visava tão-somente a compatibilização dos mais variados interesses daqueles atores sociais. Eram, portanto, regras formais, abstratas e gerais, não definindo o conteúdo das liberdades individuais, nem fazendo referências materialmente éticas.¹³

O racionalismo iluminista enxergava no indivíduo um elemento destinado a compor e operacionalizar uma estrutura maior, qual seja a sociedade. E, para efetivar o adequado funcionamento da estrutura social, faz-se necessário o posicionamento correto de cada indivíduo. Assim, encontramos JOSÉ VIRÍSSIMO ALVARES DA SILVA a pronunciarse: *“a sociedade he uma máquina complicada, que trabalha com tantas moles quantos são os indivíduos de que se compõem”*, e, prosseguindo, *“mais precisa huma razão iluminada que saiba guiar tudo a seus justos fins”* (GOMES DA SILVA: 1990, 340). Nessa direção, surge a legislação como sendo uma obra que sintetiza toda a sabedoria para o ofício de governar.

Partindo-se desses enunciados, decerto que duas questões se nos aparecem, a saber: o que é esta *“razão iluminada a guiar tudo a seus justos fins”* e *qual o elemento volitivo a ordenar a legislação?*

Para encontrarmos a resposta, convém ter em nosso horizonte que esta é a época do despotismo esclarecido,¹⁴ do déspota iluminado.¹⁵ Nela, o ente estatal é concebido como um corpo invocado e mobilizado para a realização e o espriar das regras que alcancem a felicidade dos povos. Nesse sentido, anotamos: *“a ética racionalista (...) concebida a função do soberano como um serviço técnico prestado ao Estado, tendo-se tornado conscientemente num instrumento coadjuvante nesse sentido, instrumento que—com o enorme poder do monarca, embora muitas vezes contra a resistência do povo, dos estados e das igrejas*

¹² Sublinhamos que a validade do direito caracterizava-se por seu aspecto formal.

¹³ Para uma melhor e mais precisa definição conceitual do que sejam regras gerais, abstratas e formais, consignamos: a expressão geral relaciona-se ao fato da lei ser igual para todos, uma vez não mais existir a anterior diferenciação social entre nobres e plebeus, mas sim a existência de cidadãos; são abstratas as leis *“porque só na abstracção é que pode haver dedução. Na verdade, só abstraindo do individual, do singular, do particular, é que pode pretender-se que a lei se aplique do mesmo modo a todos”* (BRONZE: 1997, 324); enquanto que a dimensão formal caracteriza-se pela despreocupação do conteúdo material da própria lei, que somente determinava as “regras do jogo” e estabelecia a esfera de cada indivíduo em relação aos demais. Dentro dessa fronteira de atuação conformada pela lei, o indivíduo, dono de sua liberdade, pode administrar, dirigir seus interesses.

¹⁴ Apenas com o intuito ilustrativo, elencamos alguns nomes que se encontram presentes no momento do despotismo esclarecido: Luis XIV e Luis XV, na França, FREDERICO II da Prússia, JOSÉ II e LEOPOLDO II, representantes da monarquia austríaca, CATARINA II, na Rússia e em Portugal, D. JOSÉ e D. MARIA I.

¹⁵ LUIS CABRAL DE MONCADA identifica que, diante do despotismo esclarecido, o Estado passa a ser um órgão a *“realizar e a propagar pela força, despoticamente, as luzes e os ditames do entendimento para a felicidade dos povos, numa visão toda simultaneamente, individualista, eudomonista e utilitária das coisas, do homem e da sociedade”*.

– *impôs mesmo aos juristas os seus novos padrões axiológicos*” (WIEACKER: 1967, 367). Com efeito, a autoridade e a razão convergem para a figura do déspota esclarecido, a atuar diretamente na reforma da sociedade setecentista. E, quanto aos aspectos jurígenos do Iluminismo, identificamos duas posturas: uma referente ao direito natural, e de cunho racionalista; e outra, de caráter voluntarista, referindo-se ao direito positivo. As duas posturas complementam-se e, justapondo-as, forja-se uma síntese do direito: o dimanar, o derivar de uma expressão de vontade, posta em função de uma razão.

CÓDIGOS JURACIONALISTAS

O fenômeno das codificações constituiu-se numa verdadeira revolução do pensamento jurídico. Suas conseqüências foram sentidas para muito depois de seu início.¹⁶ Inevitável nos parece a referência ao ano de 1804, com a entrada em vigor do *Code Civil*. Contudo, salientamos que, antes mesmo dessa data, já haviam sido elaborados alguns códigos, como o prussiano, por exemplo.

O processo de codificação que ocupou o território europeu refletiu e expressou notadamente o espírito racionalizante da época, representando claramente o produto do que anteriormente mencionamos: a simbiose entre o poder e a razão promovido pelo despotismo esclarecido. Buscava-se, por meio das codificações, a construção de um sistema completo, um corpo de leis perfeitas. Baseado em tais postulados, chega-se a outro, preocupado tão-só com aspectos formais: a submissão do intérprete à lei, registrando que esse postulado preocupava-se tão-só com aspectos formais.

As codificações notabilizaram-se como o espelho de uma cultura superior, evoluída, não só pelo estilo utilizado, mas, igualmente, se pensado pelo prisma do conteúdo.¹⁷ Ademais, representava um projeto de edificação, organização do Estado.

Os códigos da época – e descortina-se em nossa visão especialmente o da Prússia – denotam os preceitos caracterizadores do Iluminismo. A cega fé numa razão, instalada no homem, possibilitaria a existência de um direito totalmente justo e, portanto, conduziria o legislador a elaboração de regras que norteariam plenamente a sociedade, disciplinando, todas as situações possíveis. Importa ressaltar um efeito que transparece da crença juracionalista: uma certa dificuldade imposta a um potencial avanço natural que um código pode ter, e que, muitas vezes, seu próprio autor desconhece.¹⁸ Outrossim,

¹⁶ Basta, para isso, percebermos que a codificação, como um movimento autônomo, encontra-se historicamente situada no século XVIII, sendo suas influências claramente notadas na Escola da Exegese, nascida no século XIX, que espalhou seu sentido, em maior ou menor grau, até o nosso atual século. A propósito da Escola da Exegese, CHAIM PERELMAN distingue três etapas de seu desenvolvimento: “uma fase de instauração, que começa com a promulgação do Código Civil em 1804 e acaba entre 1830 e 1840; uma fase de apogeu, que se estende até por volta de 1880; e finalmente, uma fase de ocaso que se cerra em 1889” (1988, 37).

¹⁷ Neste sentido, ver FRANZ WIEACKER, na sua obra intitulada *História do Direito Privado Moderno*, 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

¹⁸ Precisamente esse entendimento encontramos exposto em FRANZ WIEACKER, *op. cit.*, pág. 379.

no período do direito natural estremado pela razão, a par da independência e da autonomia do legislador, desvela-se uma certa descrença frente à jurisprudência. E valemo-nos da expressão “certa descrença” não gratuitamente, pois alguns códigos admitiam a sua não-plenitude, com a conseqüente possibilidade de uma integração – precisamente uma heterointegração. O campo, a esfera para a manutenção, mesmo que um tanto mais restrita, da jurisprudência, da atividade judicial, permanecia.

Nada obstante a importância dos códigos precedentes, gostaríamos de direcionar o foco de nossas apreciações ao Código Civil Francês de 1804. Originariamente, a promulgação desse código encontra suas raízes no umbral do período revolucionário. Destaca-se, de plano, duas idéias nucleares: a de uma nação una e indivisível e a imposição da substituição do “*antigo particularismo feudal por um direito geral dos franceses baseado na razão*” (WIEACKER: 1967, 386).

Essencialmente, salvo melhor juízo, a codificação francesa distingue-se das demais por não ser fruto daquele *ethos* racionalista – a prever como sendo função do soberano prestar um ofício técnico ao Estado –, fruto do despotismo esclarecido, mas por ter arrimos claramente iluminados por luzes acendidas pelo farol do movimento revolucionário e pela exponencial importância napoleônica.¹⁹ Contudo, o cariz revolucionário em nada afasta a indigitada obra – o *Code Civil* – da crença jusracionalista na lei escrita. Ao contrário, na esteira dos ensinamentos de MANUEL CALVO GARCÍA, consignamos: “*en este punto, para ser justos (y también precisos), quizá haya de reconocerse que el exponente máximo de esa fe absoluta en la letra escrita se encuentra en la Revolución francesa y no en la codificación propiamente dicha. (...) La Revolución francesa nace vinculada y proyecta sobre la realidad una auténtica fe en la letra escrita*” (1994, 69).²⁰ De fato, o que destacamos nesse parágrafo é, estrutural e espiritualmente, um código que se encontra colorido pelas fortes tintas da participação dos cidadãos e da então nova soberania popular conquistada.

De outra banda, impende salientar que os fatores caracterizadores do direito codificado influenciaram sobremaneira a metodologia jurídica. Assim, fruto das profundas transformações sociopolíticas da época – nomeadamente as ocorridas no século XVIII – , o mobilizar de uma racionalidade formal, tanto na criação do direito quanto em sua aplicação, vincula-se, então, ao princípio da igualdade, que consagra este novo Estado

¹⁹ Outro traço, não menos importante, de distinção entre os códigos não-revolucionários – como os bávaros e o austríaco, por exemplo – e codificação francesa, diz respeito a admissão às lacunas jurídicas, implicando um corte radical com a tradição anterior. Assim: “*é certo que os códigos de Setecentos, ou moderno-iluministas não revolucionários (...) estavam longe, não obstante seu jusnaturalismo, de uma total ruptura com a tradição histórica, nem deixavam de admitir expressamente a sua incompletude, ao reconhecerem-se com lacunas (...). Outro tanto não acontecia com o Code Civil (...). Que tanto é dizer: um código que recusava a história e que, na sua axiomática racionalidade, se bastaria a si próprio.*” (CASTANHEIRA NEVES: 1995, 182).

²⁰ Para reforçar a idéia, o referido autor assevera que o fato de “*plasmar por escrito los derechos con el fin de hacerlos reales y efectivos es una de las razones fundamentales del constitucionalismo, de la misma forma que el plasmar por escrito un orden político tiene bastante que ver con la creencia de que ello promueve su consolidación*” (op. cit., 69). Aqui, para se evitar um equívoco juscoparativístico, há de se anotar que essa afirmação não traduz qualquer lei universal, pois há países que não apresentam a tradição de uma constituição escrita e, nem por isso, deixam de ter seus direitos fortemente consolidados..

emergente. Decerto, a isonomia pensada na época restringir-se-ia a um escopo meramente formal, isto é, de uma mera igualdade formal perante a lei. Caracteriza-se o plano formal por dimensionar todos os cidadãos como submetidos aos mesmos procedimentos e órgãos jurisdicionais; as leis são postas para um sujeito em abstrato, não existindo uma particularização no que concerne ao destinatário da norma jurídica. Deste modo, todas as pessoas colocam-se como receptores das mesmas normas, merecendo e devendo, então, receber o mesmo tratamento também na aplicação da lei. Para tal exigência de igualdade ser implementada, mister se superar as contingências, as questões pontuais que cada caso porventura apresentasse, buscando-se um método garantidor de uma certeza e segurança na aplicação da lei. A lei a ser codificada deveria, para tanto, além de escrita, ser clara, de tal maneira a dispensar a interpretação do juiz, objetivando a figura de um juiz autômato. É o postulado da abstração e generalidade tendo seu início. E o código, com sua pretensa plenitude oriunda, de uma razão universal e absoluta, “*determina que la ciencia jurídica se convierta en ciencia del derecho positivo. A partir deste fenomeno, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia creadora y pasa a ser una ciencia reelaboradora que hace del texto de la ley su objeto científico*” (CALVO GARCÍA: 1994, 72)

CORTE COM A TRADIÇÃO JURÍDICA - COMMUNIS OPINIO DOCTORUM E O DIREITO ROMANO

O primado da razão, além das alterações já referidas, ocasionou profundas mudanças no tocante às fontes de direito, de sorte que, na Europa Setecentista, nasce um sentimento de distância em relação ao direito romano, sendo também objeto de crítica a *communis opinio doctorum*.²¹ A razão assume uma posição proeminente, primordial no quadro das fontes de direito. Com efeito, encontramos as seguintes posições: “*há quem, embora sujeitando o direito romano ao crivo da Razão, pense que vale, ainda, a pena submetê-lo a exame, com o fim de nele aproveitar o que mostre utilidade; há, enfim, quem pressupondo a completa historificação do direito romano, o estude, passe a expressão, como peça de museu, exemplificadora de uma particular e importante experiência jurídica passada*” (GOMES DA SILVA: 1990, 341).

²¹ Ressaltamos que a partir da entrada em vigor das Ordenações Manuelinas, a Comum Opinião dos Doutores passara a ter valor de fonte de direito subsidiariamente em Portugal. Ademais, em todo o solo europeu, nesse mesmo período, a *communis opinio doctorum* é alçada à fonte de direito. Assim temos o parágrafo 1 do título V do Livro II da indigitada ordenação: «*se o caso de que se traeta em practica nom for determinado por Ley do Reyno, ou Estilo, ou Custume suso dito, ou Leys Imperiaes, ou Santos Canones, entam Mandamos que se guardem as grosas de Acursio encorporadas nas ditas Leys quando por comum opiniam dos Doutores nom forem reprovadas; e quando por as ditas grosas o caso nom for determinnado, Mandamos que se guarde a opiniam de Bartolo nom embarguante que alguís Doutores teuessem o contrario; saluo se a comum opiniam dos Doutores que depois delle escreueram, for contraira, porque a sua opiniam comunmente he mais conforme aa razam*» (GOMES DA SILVA: 1990, 308).

Por certo, tal posicionamento crítico alusivo à *communis opinio doctorum* parece-nos plenamente de acordo, em coerência, com as novas exigências mobilizadas e impostas pelo postulado da razão. Senão, vejamos: ora, o edifício da *communis opinio doctorum* ergue-se alicerçado pela autoridade, a *autoritas*, da ... opinião dos doutores. A propósito, temos como relevante o que diz a respeito MANUEL CALVO GARCÍA, ao tratar da ciência jurídica medieval: “*en cualquier caso, la figura del Doctor adquiere una relevancia especial en el nacimiento de la ciencia jurídica. El Doctor no es un interprete cualquiera. Es un interprete revestido de autoridad. (...) De hecho, se da por sentado que la autoridad de los Doctores era equivalente al respeto que se profesaba en el campo de la teología a los padres de la Iglesia*” (1994, 24-25 *passim*). E o pressuposto da autoridade da opinião transita no âmbito da dialética, mobiliza razões prováveis, buscando uma verdade possível, plausível. Trata-se de um argumento dentre vários outros. Sabemos que o paradigma filosófico desses modernos tempos divorcia-se do conhecimento provável, e busca trabalhar com o que pode ser demonstrado, comprovado.

Nesse norte, a partir do já aqui referido RENÉ DESCARTES, com sua obra “*O Discurso do Método*”, segundo escólio do sociólogo português BOAVENTURA SOUZA SANTOS, tudo o que pertencer ao campo do provável é tido por falso (1989, 111). Então, alça-se a razão como instância última para definir uma verdade, ou melhor, a verdade. O verdadeiro ocupa o espaço do provável, da probabilidade. O conhecimento encontra-se lastrado por um ideal universal. Supõe-se a possibilidade de alcançar a verdade em todos os ramos do conhecimento humano: do mesmo modo que há verdades absolutas na área matemática, há de haver, igualmente, no campo jurídico.²² E, através da razão, permeada por um método, que se alcança o patamar da verdade. E o método é o demonstrativo que, para além da seara das ciências exatas, brota, vigorosamente, no terreno jurídico.

Tendo como pano de fundo essa ambiência, dá-se o aparecer de legislações que, expressa e explicitamente, reduzem a possibilidade de menção, citação de doutrinadores nas peças destinadas ao foro. Assim, em Urbino, pátria de RAFAEL, por obra do duque FRANCESCO MARIA II DELLA ROVERE, no período de 1613 e 1632, vigorara uma lei determinando, de modo taxativo, as fontes de direito disponíveis aos juízes e advogados. Seriam, em questões cíveis: o *Corpus Iuris*, assim como as obras de BARTOLO, BALDO, PAULO DE CASTRO, JASÃO DE MAINO, ALEXANDRE TARTAGNI, JOÃO DE IMOLA e, ainda, os estatutos e decretos do Estado. Nas controvérsias criminais, possibilitava-se as citações de ALBERTO DE GANDINO, ANGELO ARETIN, EGIDIO BOSSI e JULIO CLARO (GOMES DA SILVA: 1991, 348). Contudo, algumas legislações foram além da limitação, ou seja, acabaram mesmo por impedir, tornar defeso a citação dos autores, inclusive com a previsão de punição, sob a forma de suspensão das atividades, para os advogados ou juízes que porventura citassem ou adotassem as opiniões dos Doutores.²³ Outro diploma legal a ser referido é o publicado por FERNANDO IV, em Nápoles, no ano de 1774, que dispunha o

²² Sem embargo, era esta uma crença de DESCARTES: que o método, com resultado de tão bom êxito na realidade matemática, poderia, da mesma forma, ser lançado a outras searas da cultura humana. Nesse sentido, ver RUSSEL: 2001, 278.

²³ Referimo-nos à Constituição da Sardenha, do ano de 1729.

dever dos juízes de fundamentar suas decisões finais com base na legislação do Reino. Com isso, buscava-se elidir as opiniões dos Doutores, pois estas tornariam o direito dúbio, impreciso, e, por conseguinte, tendente à arbitrariedade.

Da orientação de tais legislações claramente se depreende o espírito dominante na época: a crença de que as leis, expressão da razão universal a bem orientar os homens, condensavam todo o ideal de direito e, portanto, nada mais adequado do que seu mero aplicar. Assim, alcançar-se-ia a verdade existente no direito, suprimindo-se a lógica dialética, orientada pela possibilidade, pelo presumível.

Em Portugal, antes de se concretizar tal postura, é dizer, o eliminar da opinião comum dos doutores, ocorrido efetivamente com a lei de 18 de Agosto de 1769, batizada de *Lei da Boa Razão*, surgem alguns sinais atestando o primado da razão sobre a “opinião”. Vejamos: em 1759, fora estabelecido que em cada escola houvesse um Diretor dos Estudos, e constava no estatuto deste Diretor o que segue: «*e por quanto as discordoas provenientes na contrariedade de opiniões, que muitas vezes se excitão entre os Professores, só servem de distrahilos das suas verdadeiras obrigações, e de produzirem na Mocidade o espírito de orgulho e discordia; terá o Director todo o cuidado em extirpar as controversias, e de fazer que entre elles haja huma perfeita paz, e huma constante uniformidade de Doutrina; de sorte, que todos conspirem para o progresso da sua profissão, e aproveitamento dos seus discípulos*» (GOMES DA SILVA: 1991, 350). Em 1760, criava o Rei D. JOSÉ um Intendente Geral da Polícia da Corte e do Reino.²⁴ Expressa o parágrafo 20²⁵ dessa lei, com precisão, a idéia a ser desenvolvida nesta etapa do trabalho, uma vez que dita, determina o cumprimento literal, *ipsis verbis*, da mencionada lei, desprezando-se as opiniões dos juristas. Compete acentuar que, nessa época, a interpretação literal não era tida como um dos métodos interpretativos, e a função do juiz reduzia-se a um simples aplicador da lei escrita, conforme já tivemos a oportunidade de constatar.

Ora bem, assim como observamos, no período anterior ao Iluminismo, a interpretação do direito romano era baseada no elemento da autoridade. Nos tempos modernos, perde sua validade; seu sentido esvazia-se. Na verdade, há, no abrir da Idade Moderna, uma fragilidade, uma debilidade na lógica de proceder do pensamento jurídico, ou seja, uma insuficiência do pensamento, visando, a realização do direito. Diante dessa problemática, aparece o ideário do direito natural como uma alternativa. A propósito,

²⁴ O cargo seria vitalício, e seu detentor exerceria suas atribuições com total jurisdição em matéria policial, “*sobre todos os ministros criminaes e civis, para a êle recorrerem e dêle receberem as ordens nos casos occorrentes; dando-lhe parte de tudo o que respeitasse à tranquillidade pública; e cumprindo inviolavelmente seus mandados*” (FORTUNATO DE ALMEIDA, in *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa:1984, pág.326 e 327). Para efeito de ilustração, o primeiro Intendente Geral da Polícia foi o desembargador INÁCIO FERREIRA SOUTO.

²⁵ Assim estava redigido tal parágrafo, na parte mais pertinente ao tema tratado: “*pela informação que tive de que huma das causas que até agora impedirão a exacta e necessaria observancia das leis estabelecidas para a paz publica da Minha Corte, consistio em serem as mesmas Leis entendidas especulativamente pelas opiniões dos Doutores Juristas, as quaes são entre si tão diversas como o costumão ser os juízos dos homens. E para que a segurança de meus Vassallos não fique vacillando na incerteza das sobredictas opiniões: Ordeno que esta Lei, e as mais que por ella tenho excitado, se observem literal, e exactamente como nellas se contém sem interpretação ou modificação alguma, quaesquer que ellas sejão; porque todas prohibo e annulo.*» (grifo nosso).

FRANZ WIEACKER sustenta que: “(...) a tradição do direito natural (...) é sempre chamada a terreiro quando uma ordem jurídica histórico-concreta perde a sua persuasão” (1967, 281).²⁶ E assim proceder-se-á: os regramentos jurídicos nascem da própria natureza humana, e o homem, valendo-se da sua razão, há de encontrar o direito pleiteado pela sua própria natureza, é dizer, um direito natural.

Na época medieva, o direito natural assumiu um vinculação divina. Desponta então o posicionamento de SÃO TOMÁS DE AQUINO, partindo de um conceito de inteligência divina para instituir a idéia do direito. No jusnaturalismo tomista, o direito natural, sancionado por Deus, continha uma verdade eterna. Essa postura passa a influenciar sobremaneira a chamada “*Escolástica Espanhola*”²⁷, que, inclusive, pensando *in extremis* e só para o efeito argumentativo, visto ser uma hipótese considerada absurda, cogita a existência de um direito natural até mesmo sem a existência de Deus. Entretanto, ainda que de cunho hipotético, o mero pensar de um direito independente da existência de Deus torna-se o ponto de partida para uma futura desvinculação do direito natural da até então dominante idéia que estabelecia fortes liames entre o direito e a teologia.

Assim, surge HUGO GRÓCIO como fundador do moderno jusnaturalismo,²⁸ ao dizer que o direito natural o seria mesmo sem a existência de Deus. E isso não seria somente um simples argumento, tal qual visto pela Escola Peninsular de Direito Natural, mas sim uma proposição para um novo modelo de direito desligado da teologia. Consoante o magistério de PAULO MERÊA, GRÓCIO teria elaborado “*pela primeira vez um sistema de direito puramente secular. E, é esse em grande parte o segredo de seu êxito; essa a razão por que toda a escola jusnaturalista reconheceu nêlo o seu fundador e por que de facto podemos ver nêlo o homem que, adentro da jurisprudência, abriu caminho ao iluminismo*” (1941, 65). O direito passa a ser a expressão de uma verdade universal, independente mesmo da existência do próprio mundo. Em GRÓCIO, encontramos a idéia de que “*há um direito que antecede toda a vontade humana e divina e cuja validade é independente delas*” e “*assim como Deus não pode evitar que dois e dois sejam quatro, também não pode fazer que o justo deixe de ser justo ou o direito direito*” (apud CABRAL DE MONCADA: 1995, 162-163). Pelo exposto, adotamos os dizeres de PAULO MERÊA: “*(...) Grócio foi um conservador da herança escolástica, o elo da cadeia que prende o pensamento da Idade Média ao pensamento moderno*” (1941, 67).²⁹

²⁶ Cremos, contudo, que esta observação tem seu sentido tão-somente se pensada para o referido momento histórico, considerando à época que fora feita. Porque entendemos hoje, diante de qualquer crise metodológico-jurídica, ou ainda, conforme o autor, quando uma “*ordem jurídica histórico-concreta perde sua persuasão*”, não será o jusnaturalismo a alternativa mobilizada, tanto por seus pressupostos, quanto a sua inerente a-historicidade, já terem sido alvo de severas e inapeláveis críticas.

²⁷ Também chamada de *Escola Peninsular de Direito Natural*. Desenvolveu-se na Península Ibérica, nomeadamente na Espanha. Caracterizava-se por uma postura jusnaturalista, com uma visão teocêntrica do direito e do Estado, considerando o poder como essencialmente de origem divina. Como nomes proeminentes temos: DOMINGOS SOTO, GABRIEL VASQUEZ, LUIS DE MOLINA e FRANCISCO SUAREZ.

²⁸ Nada obstante a referência acima, registramos uma certa polémica sobre se efetivamente teria sido GRÓCIO o “pai” do direito natural moderno, ou apenas o último elo da Escolástica. Nesse sentido, ver WELZEL: 1957, 162.

²⁹ Assim também o consideram LUÍS CABRAL DE MONCADA e FRANZ WIEACKER. Entre nós, MIGUEL REALE assim se expressa: “*Na realidade, Grócio é um homem de transição, como que dominando duas épocas, enxertando no tronco do pensamento anterior as diretrizes do pensamento novo*” (2000, 104).

Portanto, endereça-se o pensamento jurídico ao desvendar das regras universais e comuns aos homens. Abre-se mão da teologia, alçapremando-se a razão como instrumento para alcançar tal desiderato. E o moderno direito natural será o forjado pelo respectivo regramento fruto da descoberta da razão dos homens.

Não poderíamos encerrar este item de nosso opúsculo, contudo, sem mencionarmos a posição destinada ao direito romano na verdadeira encruzilhada com o direito natural moderno. E, assim, pensamos no *usus modernus pandectarum*, que estudaria o direito romano tão-somente nos casos adequados às necessidades apresentadas na época. De fato, significava que, se determinadas orientações legais romanas pudessem ser objeto de um uso moderno, o seriam por estar em conformidade com a razão. Seria, ao fim e ao cabo, resumidamente, uma nova e atualizada prática do direito romano.

O PERÍODO ILUMINISTA NO DIREITO PORTUGUÊS

Os efeitos do período iluminista no direito de Portugal começam a aparecer graças ao trabalho desenvolvido por portugueses que viviam fora de seu país – os estrangeirados – e almejavam que Portugal, igualmente, partilhasse as notáveis mudanças, senão rupturas, sobrevindas no mundo europeu. E como nome de proa surge LUÍS ANTÓNIO VERNEY, um padre lusitano que rumou para Roma no ano de 1736, com a tarefa de estudar em solo italiano. Lá sempre vivera, tendo falecido em 1792 (CABRAL DE MONCADA: 1949, 07). Pois VERNEY colaborara direta e incisivamente para o implementar da agenda iluminista em sua terra natal, na época sob o reinado do D. JOSÉ I, e seu forte Ministro, o MARQUÊS DE POMBAL.³⁰

Na pauta da época, figurava, segundo palavras do professor MÁRIO DE ALMEIDA COSTA; “*uma supersticiosa hostilidade à Escolástica (...): um direito natural fundado na razão humana; o horror aos moldes tradicionais do direito romano, agora só aceite na medida do «uso moderno»; uma forte tendência para a personalização do direito pátrio (...); e, também, uma acrisolada simpatia pelo próprio direito positivo vigente nas nações estrangeiras*” (1961, 38 e 39).

O ponto de início deflagrador do processo que marca em Portugal um novo período, rompendo com os paradigmas culturais anteriores, pode ser assinalado com a publicação, em 1746, da obra *Verdadeiro Método de Estudar*, da lavra de VERNEY. Podemos aquilatar sua fundamental importância atentando para os comentários feitos a seu respeito pelos eminentes autores, já aqui citados, LUÍS CABRAL DE MONCADA e MÁRIO DE ALMEIDA COSTA, respectivamente: “*(...) livro revolucionário que marcou em Portugal o início de uma nova época em Pedagogia e numa boa parte da nossa mentalidade cultural. Direi somente que o novo livro rebentou no País como uma bomba*” (1949, 17) e “*todo o livro, redigido por um*

³⁰ Em relação ao vínculo entre LUÍS ANTÓNIO VERNEY e o governo português de então, ver a pequena-grande obra de LUÍS CABRAL DE MONCADA, *Um Iluminista Português do Século XVIII – Luís António Verney*.

homem com longa residência no estrangeiro e dotado de um senso crítico pouco vulgar, constitui pesado libelo que caía em cheio sobre muitos aspectos da mentalidade da época e dos diversos ramos do ensino em Portugal” (1961, 39). Não menos reveladoras do mérito da indigitada obra são as palavras do professor RUI DE FIGUEIREDO MARCOS, em sua dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-Históricas, na Universidade de Coimbra. Ei-las: “todo o saber represado, que tremeluzia serenamente, estalejou, a breve trecho, numa tempestade renovadora. Faiscaram os intelectuais ortodoxos quando aproou, em Lisboa, o Verdadeiro Método de Estudar. (...) acabou por circular e a mensagem reformadora de um iluminista obcecado como Luís António Verney haveria de transformar-se em credo nacional” (1990, 15).

Um combate aos métodos empregues pela Escolástica, baseados na autoridade das opiniões, na extrema consideração às codificações, na necessidade de estudar a real fonte do Direito – a Filosofia –, na relevância do direito nacional, no destaque do direito romano no que tivesse utilidade e servisse para a época, é dizer, o *usus modernus pandectarum*, a importância do conhecimento da história, universal e romana, propugnava, entre outras idéias, VERNEY. A razão era vista como igual e imutável em todos, de modo a não se alterar com o tempo. Enfim, uma verdadeira cartilha, onde resplandecia o pensamento iluminista, assente no racionalismo e historicismo tão conformadores da época.

Expressivo destaque e fundamental importância tivera a lei de 18 de Agosto de 1769, a chamada *Lei da Boa Razão*. Embora com observações de caráter sintético, podemos dizer, a respeito do referido diploma legal, que suas linhas acabam por encetar um *iter* de marcadas alterações concernente às fontes de direito. Nesse sentido, “no auge do vigor pombalino, a Lei de 18 de Agosto de 1769 fez ruir, de um só golpe, todo o edifício do direito subsidiário herdado do Código Filipino” (MARCOS: 1990, 157). Estabelece, em seu parágrafo 14³¹, requisitos para que o costume fosse válido como fonte de direito. Tais eram: ser conforme à boa razão, não ser *contra legem*, e ter mais de cem anos de existência. Ainda quanto as fontes nacionais, há medidas tomadas que atingem os “estilos da Corte”, restritas apenas aos estabelecidos e aprovados por meio dos “Assentos na Casa de Suplicação”.

Com efeito, vale ressaltar que, autonomamente, os estilos da Corte sofrem um esvaziamento, pois apenas valeriam como fontes se recepcionados e aceites pelos assentos, conforme destaca o professor RUI MARCOS, (*op. cit.* pág. 156, nota 258). Acentua-se, outrossim, que referente ao direito subsidiário recepcionado das Ordenações Filipinas, restou o direito romano. E, mesmo em relação a ele – o direito romano –, incidia a luz da razão jusnaturalista. Explica-se: em face dos casos omissos, recorrer-se ia ao direito romano, desde que enquadrado na moldura da boa razão. Mas enfim, o que seria a boa razão

³¹ Parágrafo 14 da Lei da Boa Razão: “(...) os Estilos da Corte devem ser somente os que se acharem estabelecidos, e aprovados pelos sobreditos Assentos da Casa da Suplicação: e que o costume deve ser somente o que a mesma Lei qualifica nas palavras, longamente usado, e tal, por direito se deva guardar: cujas palavras Mando que sejam sempre entendidas no sentido de concorrerem copulativamente a favor do costume, de que se tratara, os tres essenciaes requisitos: de ser conforme às boas razões, que deixo determinado que constituão o espirito de Minhas Leis: de não ser a ellas contrario em cousa alguma: e de ser tão antigo que exceda o tempo de cem annos(...)”.

tantas vezes aludida na lei? A resposta encontra-se no próprio corpo legal. Boa Razão, consiste “*nos primitivos princípios, que contém verdades essenciais, intrínsecas, inalteráveis, que a ethica dos mesmos Romanos havia estabelecido e que a Direitos Divinos e Natural formalisarão para servirem de regras Moraes, e Civis entre o Christianismo: ou aquella boa razão, que se funda nas outras regras que de unanime consentimento estabeleceo o direito das gentes para a direcção e governo de todas as Nações civilizadas: ou aquella boa razão, que se estabelece nas Leis Políticas, Economicas, Mercantis e Marítimas que as mesmas Nações Cristãs tem promulgado com manifestas utilidades (...)*”.

Respeitante às questões sobre matérias econômicas, mercantis, marítimas e políticas, não encontrariam respostas coerentes se buscadas no direito romano. E, em caso de lacuna do direito português, recorrer-se-ia às legislações existentes em outros países do continente europeu, segundo a própria Lei da Boa Razão estabelecia. Quanto às glosas de ACÚRSIO e a *Bartoli opinio*, recepcionadas nas Ordenações Filipinas, tem-se agora uma proibição, tanto de suas alegações quanto de suas aplicações judiciais, por não serem tidas e havidas em consonância com às boas razões.³²

Destacamos, todavia, um paradoxo, uma contradição entre o que buscava o espírito da época, consagrado na Lei de 18 de Agosto de 1769, e o que ocorria na prática. Porque ao pretender elidir uma certa incerteza oriunda da flexibilidade, da plasticidade dos argumentos opinativos anteriormente utilizados, acabou por trazer à superfície outra incerteza: a que nasceu do confronto das prescrições do direito romano, mobilizadas como direito auxiliar, com a dita boa razão.

Fato assaz importante, ocorrido no período setecentista, em Portugal, foi a reforma de seu ensino jurídico. E, seguindo uma ordem cronológica, temos, em 1770, a criação de uma comissão – *Junta de Providência Literária* – encarregada de proceder a um exame sobre os motivos causadores de um decréscimo no ensino universitário. Fruto dos trabalhos operados pela comissão, surge, no ano de 1771, o *Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra*. Nessa peça, aos jesuítas foi atribuída toda a sorte de males ensajadores da decadência da Universidade, criticando-se seu sistema de ensino. No campo do direito, apontava para o estudo da história jurídica e da história geral, bem como a necessidade do estudo das línguas latina e grega, da retórica, da lógica, da autêntica Metafísica e do conhecimento do direito natural (GOMES DA SILVA: 1991, 365-366). O compêndio ainda indicava que autores deveriam servir de base para o estudo do direito, como PUFENDORF, HUGO GRÓCIO, HACKMANN, BARBEIRAC E CARLOS ANTÔNIO MARTINI, entre outros. Na continuação, no ano de 1772, surgem os novos *Estatutos da Universidade de Coimbra*. Seria o fecho, o remate do processo iniciado em 1770 com a referida Junta de Providência Literária.

³² Assim dispunha o parágrafo 13 da lei: “(...) que as glosas e opiniões dos sobreditos Accursio e Bartholo não possam mais ser allegadas em juízo nem seguidas na practica dos julgados; e que antes muito pelo contrário em hum e outro caso sejam sempre as boas razões assim declaradas, e não as authoridades daquelles, ou de outros semelhantes Doutores da mesma escola as que hajão de decidir no foro os casos occorrente”.

Ao fim e ao cabo, o que se pretendia era sintonizar a formação universitária com os novos padrões da época, e este é o reflexo dos novos estatutos: a influência do direito natural moderno. A reforma produzida no ensino universitário opunha-se frontalmente ao direito ensinado pelos jesuítas. Alça-se a Universidade e sua ambiência em conformidade com a visão moderna da época. E, para não correr nenhum risco de o antigo método de ensino continuar sendo aplicado, os lentes proprietários que exerciam seus ofícios não permaneceram em suas funções.

Como exemplo de novidade trazida pelos novos Estatutos da Universidade, mencionamos a nova cadeira, comum às faculdades de leis e cânones, de Direito Natural Público Universal e das Gentes. Importa ressaltar, igualmente, que constava dos novos Estatutos o método de ensino a ser utilizado. E este seria o “*sintético-demonstrativo-compêndiário*”, onde o professor deveria “*dar uma imagem geral da disciplina através da redução da matéria a um conjunto doutrinal e sistemático, subordinando a evolução expositiva a uma linha de crescente complexidade*” (MARCOS, 1990, 169).

Cumpre-nos gizar, por fim, que essas reformas efetivadas na Universidade de Coimbra produziram suas influências no Brasil, como não poderia deixar de ser. Isso se deu porque vários brasileiros, no período entre 1772 e 1820, formaram-se nessa tradicional casa. Foram precisamente 469 brasileiros formados no campo jurídico. Muitos dos quais colaboraram como professores dos pioneiros cursos de direito criados no Brasil, segundo informações presentes na Tese de doutoramento intitulada “*A Influência da Universidade de Coimbra na Formação da Nacionalidade Brasileira*”, apresentada na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, em 1996, pela professora RUTH MARIA GAUER. E aqueles nossos conterrâneos trouxeram d’além mar, para o solo brasileiro, a perspectiva do moderno direito natural, aprendido na excelência dos bancos acadêmicos da Universidade de Coimbra.

APRECIACÕES FINAIS

Por certo, as ponderações e os registros assentes neste trabalho não têm o caráter, e nem a pretensão, de esgotar os assuntos desenvolvidos. Longe disso! Entrementes, acreditamos, modestamente, ter descortinado os aspectos principais da temática proposta, tendo-se em vista o indicado na peça introdutória.

Sem embargo, podemos, em sede de últimas considerações, perceber a importância da época ora analisada, não só para o direito, senão que para toda a esfera da vida cultural do homem.

Novos paradigmas foram criados, afastando-se por inteiro as estruturas anteriores. O direito natural, existente desde os tempos mais remotos – e, para tal, basta lembrarmos de SÓFOCLES e o drama de sua ANTÍGONA – com sua existência confirmada no período da Idade Média, vê-se completamente renovado, (re)estruturado. Deixa de ser transcendente para ser imanente ao ser humano, que apresenta uma nova visão do mundo

e de si próprio. Uma nova ética, racional e afastada da teologia, é fundada. A fórmula do contrato social ganha corpo, na busca da garantia e tutela dos interesses individuais.

Um novo método repousa nas águas do direito, que se vê convertido a uma ciência demonstrativa. Apregoa-se um direito atemporal, eterno e imutável. E o direito romano, via *usus modernus pandectarum*, experimenta o molde do direito natural racionalista.

Em Portugal, os novos ventos chegam, basicamente, graças à obra de LUÍS ANTÓNIO VERNEY. A Lei da Boa Razão, influenciada por esse autor, inaugura a modernização do direito português, sendo posteriormente complementada pelos novos Estatutos da Universidade de Coimbra.

Enfim, chega a hora de concluir o trabalho. E, como quem receoso por navegar em águas profundas mantém-se próximo da costa, encontrando como seu destino um porto seguro no final da jornada, julgamos ter encontrado o nosso: a ponderação acerca de alguns aspectos do período moderno-iluminista e suas influências no direito.

Bibliografia

ALMEIDA, Fortunato de. *Organização Político-Administrativa Portuguesa dos sécs. XVII e XVIII*, in Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *História do Direito Português*. Coimbra: Almedina Editora, 1989.

_____. *Romanismo e Bartolismo no Direito Português*, em Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XXXVI, ano: 1960

ARENDE, Hannah. *La Condición Humana*, 3ª reimpressão. Barcelona: Paidós, 1998.

ASTUTI, Guido. *O Absolutismo Esclarecido em Itália e o Estado de Polícia*, em Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

BAPTISTA PEREIRA, Miguel. *Modernidade e Tempo: para uma leitura do discurso moderno*. Coimbra: Editora Livraria Moderna, 1990.

BARCELONA, Pietro. *Estado de Derecho, Igualdad Formal y Poder Económico: apuntes sobre formalismo jurídico y orden económico*. Anales de la Catedra Francisco Suares, nº 29, ano 1989, página 45 a 62.

BRECHT, Bertold. *Brecht – Seleção de Poesias, Textos e Teatro*, 2ª ed. Lisboa: Edições Dinossauro, 1998.

BRONZE, Fernando José Pinto. *Apontamentos Sumário de Introdução ao Direito*. Coimbra: Coimbra, 1997.

CABRAL de MONCADA, Luís. *Filosofia do Direito e do Estado*, Coimbra: Coimbra, 1995.

_____. *Conceito e Função da Jurisprudência Segundo Verney*. Boletim do Ministério da Iusticia, Nº 14, Setembro, ano: 1949.

CALVO GARCÍA, Manuel. *Los Fundamentos del Método Jurídico: una revisión crítica*, Madrid: Tecnos, 1994.

CASSIRER, Ernst. *A Filosofia do Iluminismo*. 3ª ed. trad. Álvaro Cabral. Campinas: Unicamp, 1997.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O Instituto dos Assentos*, Coimbra: Coimbra, 1983.

_____. *Curso de Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra: Coimbra, 1976.

_____. *Escola da Exegese*, em Digesta, 2º volume, Coimbra: Coimbra, 1995.

COING, Helmut. *Derecho Privado Europeu*. trad. Antonio Pérez Martín. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1996.

FASSÒ, Guido. *Storia della Filosofia del Diritto – l'età moderna*. 2º volume. Roma: Laterza, 2001.

FRYDMAN, Benoît e HAARSCHER, Guy. *Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1998.

GAUER, Ruth Maria Chittó. *A Influência da Universidade de Coimbra na Formação da Nacionalidade Brasileira*, Tese de Doutoramento apresentada na Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra, ano: 1996.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do Direito Português*, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1991.

HAZARD, Paul. *O Pensamento Jurídico Europeu no Século XVIII*. Lisboa: Presença, 1989.

HESPAÑHA, António Manuel. *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime – colectânea de textos*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. 3ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

LYOTARD, Jean-François. *O Pós-Moderno Explicado às Crianças*, 3ª ed. Lisboa, Dom Quixote, 1999.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo. *A Legislação Pombalina*, em Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XXXIII. Coimbra, 1990.

MERÊA, Paulo. *Suárez, Grócio e Hobbes*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1941.

ORTEGA, Manuel Segura. *La Racionalidad Jurídica*. Madrid: Tecnos, 1998.

PERELMAN, Chaim. *La Logica Jurídica y la Nueva Retorica*. Madrid: Editora Civitas, 1988.

REALE, Miguel. *Horizontes do Direito e da História*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

RUSSEL, Bertrand. *História do Pensamento Ocidental*. 5ª ed. trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

SANTOS, Boaventura Souza. *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*, 5ª ed. Porto: Afrontamento, 1988.

WELZEL, Hans. *Derecho Natural y Justicia Material*. Madrid: Aguillar, 1957.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

A Regulamentação das Telecomunicações no Âmbito da Organização Mundial do Comércio - OMC

Renata Campetti Amaral¹

Orientador: Prof. Manoel André da Rocha

Parte integrante da monografia defendida em julho de 2001 na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-Graduação em Direito, para obtenção do título “Especialista em Direito Internacional” no curso “O Novo Direito Internacional”, com coordenação da Profa. Dra. Cláudia Lima Marques.

1. Introdução

O processo de interdependência entre os Estados conheceu, inegavelmente, uma incrível aceleração no período recente. Tal fenômeno implica a adaptação dos ordenamentos jurídicos internos a uma realidade externa ou internacional. Isso ocorre nos mais diversos setores, dentre os quais enfatizamos o das Telecomunicações.

A introdução de regras multilaterais referentes, especificamente, às Telecomunicações no contexto da Organização Mundial do Comércio exige a análise dos diplomas legais segundo os quais os Estados-Membros comprometem-se a modificar suas legislações, permitindo o livre acesso ao mercado de produtos e serviços ligados ao setor.

Impõe-se, nesse sentido, desvendar o alcance de tais compromissos, segundo os quais os países envolvidos – dentre eles o Brasil – passam a proceder a uma regulamentação setorial condizente com as exigências internacionais no sentido da liberalização e da desregulamentação² no que tange à exploração dos serviços de telecomunicações.

¹ Especialista em Direito Internacional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Mestre em Direito pela Universidade do Texas, Austin, Estados Unidos.

² Sobre o tema, interessante observação referida por Rabih Ali Nasser: “Pode-se mesmo dizer que, em vez de uma desregulamentação comercial, o que ocorre é a substituição gradual de uma regulamentação (nacional) – restritiva – por outra (internacional), mais liberal (*A Liberalização do Comércio Internacional nas Normas do GATT-OMC*, São Paulo, LTr, 1999, p.47).

No presente artigo, teceremos algumas considerações acerca da Organização Mundial do Comércio (OMC), abordando brevemente sua evolução histórica e seus aspectos institucionais. Trataremos, a seguir, do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços, cujo anexo sobre Telecomunicações³ evidencia a relevância e a complexidade do tema. Em seguida, abordaremos o chamado *Acordo Mundial das Telecomunicações*⁴, elucidando seu alcance, seus objetivos e seus reflexos na realidade jurídica dos Estados-Membros.

2. Do GATT a OMC: a Rodada Uruguai

O fim da Guerra Fria e, conseqüentemente, a diluição da estrutura mundial estabelecida em torno de polaridades definidas, trouxeram a necessidade de reorganização das concepções sobre a vida econômica mundial.⁵ Nesse novo contexto, a partir da conclusão da chamada Rodada Uruguai, cria-se a Organização Mundial do Comércio.

Das palavras de Celso Lafer, as normas da OMC representam “um significativo desenvolvimento progressivo do direito internacional público de cooperação econômica”⁶. De fato, a Organização Mundial do Comércio, derivada de um histórico acordo entre 117 representantes de países, dentre os 125 participantes da última fase do oitavo ciclo de negociações comerciais multilaterais, supera em muito as organizações que a antecederam. Trata-se de uma nova instituição multilateral extremamente inovadora em sua cobertura temática, uma vez que não abrange somente o comércio internacional, mas também serviços, investimentos e propriedade intelectual, além do próprio funcionamento do sistema de comércio multilateral⁷.

2.1. Visão Histórica e Aspectos Institucionais da OMC

O marco histórico a partir do qual abordaremos o Sistema Multilateral de Comércio até a criação da OMC é o fim da Segunda Guerra Mundial.

A união em torno de objetivos comuns – superar divergências, preservar a paz, e perseguir níveis mais altos de bem-estar para a população mundial – acabou por ocasionar, juridicamente, a celebração de acordos internacionais e a criação de organizações, dentre

³ A Ata Final da Rodada Uruguai, firmada em 15 de abril de 1994, incorpora o Acordo Constitutivo da OMC e 4 Anexos. O Anexo 1 engloba um conjunto de Acordos Multilaterais cujo objeto constitui-se no comércio internacional de bens e serviços. Esse anexo subdivide-se em outros 3 Anexos: 1A – Acordos Multilaterais de Comércio de Bens; 1B – Acordo Geral sobre Comércio de Serviços e Anexos; 1C – Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio. O Anexo sobre Telecomunicações, por sua vez, é parte do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (1B).

⁴ Acordo firmado pelo Brasil e por mais 69 países em 15 de fevereiro de 1997, por ocasião da reunião da Organização Mundial do Comércio – OMC, realizada em Genebra.

⁵ NASSER, op. cit., nota 2.

⁶ LAFER salienta: “Num certo sentido, poder-se-ia dizer que a OMC constitui a primeira organização internacional pós-Guerra Fria. Daí sua originalidade na cena internacional.” (*A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1998, p. 22).

as quais a Organização das Nações Unidas (ONU) foi o exemplo mais representativo, como forma de implementação dessa convergência de interesses⁸.

Sob o ponto de vista econômico, as principais iniciativas tomadas foram os Acordos de Bretton Woods, a Conferência de Havana e, em consequência desta, o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT).

A partir dos compromissos assumidos em 1944 em Bretton Woods, surgiram duas instituições encarregadas de fornecer auxílio a países em dificuldades conjunturais e estruturais: o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional para a Reconstrução e o Desenvolvimento ou Banco Mundial (BIRD).⁹

À época, propôs-se, além da criação desses dois organismos, a criação de um terceiro, o qual seria encarregado da coordenação das relações comerciais internacionais. Assim, foi convocada, em 1946, a Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego (*United Nations Conference on Trade and Employment*), realizada em Havana – Cuba¹⁰. Dessa Conferência, resultou a “Carta de Havana para uma Organização Internacional do Comércio”¹¹. Em seu capítulo sétimo, a Carta de Havana previa a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC), precursora da OMC.

Vislumbra-se, a partir dos organismos criados logo após a Segunda Guerra Mundial, a relação estabelecida entre a manutenção da paz, da segurança e do bem-estar mundiais, refletidos nos objetivos da ONU, e a manutenção da estabilidade financeira, o incentivo ao desenvolvimento econômico e ao intercâmbio comercial, representados, respectivamente, pelo FMI, pelo BIRD e pela OIC.¹²

Não foi bem-sucedida, contudo, a tentativa de constituição da OIC. Apesar de sua aprovação por 53 países participantes da Conferência sobre Comércio e Emprego de Havana (1947-48), dois anos depois, não mais do que duas ratificações haviam ocorrido. Em todo caso, a liberalização do comércio e a diminuição de barreiras ao fluxo comercial jamais deixaram de integrar as agendas de discussões internacionais¹³.

Iniciaram-se negociações no sentido de pôr em prática a Convenção de Havana no que se refere à expansão e liberalização do Comércio Internacional. Tais negociações acabaram por originar, com o intuito principal de conceber um foro de discussões acerca do comércio internacional, o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade - GATT*), o qual entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. O GATT, contudo, não se constituiu na forma de um organismo internacional, mas como uma

⁷ ALMEIDA, Paulo Roberto de, *O Brasil e o Multilateralismo Econômico*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1999, p. 215.

⁸ NASSER, op. cit., p. 22.

⁹ NASSER, op. cit., nota 2.

¹⁰ A Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Emprego de Havana ocorreu no período de novembro de 1947 a março de 1948, obteve aprovação por parte de 53 países participantes, mas, dois anos depois, tinha recolhido não mais do que duas ratificações, inviabilizando-se, assim, sua entrada em vigor.

¹¹ *Havana Charter for International Trade Organization*, contida na *Final Act and Related Documents da United Nations Conference on Trade and Employment, Interim Commission for International Trade Organization*, Lake Success, New York, April, 1948, apud NASSER, op. cit., p. 24.

¹² NASSER, op. cit., p. 26.

¹³ Devemos considerar que a defesa da liberalização do comércio é reflexo de uma fase do capitalismo em que se fazia sentir a necessidade de sua internacionalização, o que vinha ao encontro dos interesses de

instituição dotada de flexibilidade, a cujas decisões os Estados não teriam obrigatoriamente de se sujeitar.

Oito séries de negociações multilaterais comerciais ocorreram entre a criação do GATT e a Rodada Uruguai, quando se deu a criação da atual Organização Mundial do Comércio. Foram elas: Genebra (1947-48, 23 países participantes), Annecy (1949, 33 países), Torquay (1950-51, 34 países), Genebra (1956, 22 países), Dillon (1960-62, 45 países), Kennedy (1964-67, 48 países) e Tóquio (1973-79, 99 países participantes)¹⁴.

No decorrer dessas Rodadas, importantes resultados foram obtidos no que diz respeito à liberalização do comércio internacional e à solidificação do papel do GATT enquanto foro internacional de negociações. Historicamente, destacamos a criação da Organização Mundial do Comércio, ao final da Rodada Uruguai.

Sem dúvida, a Rodada Uruguai, iniciada em 20 de setembro de 1986, em Punta del Leste, tratou-se da mais ambiciosa das rodadas de negociações, pois, além de congregiar todos os capítulos tradicionais do GATT, abordou também discussões em torno de setores sensíveis como os da agricultura e dos têxteis, além da inclusão de setores mais dinâmicos das trocas internacionais: propriedade intelectual, investimentos e serviços¹⁵.

Impõe-se notar que a OMC, apesar de guardar consigo muitas características diversas do GATT, como o fato de se tratar de uma autêntica organização internacional, vem a substituir e suceder este, tendo a ela sido incorporados todos os Acordos e disposições em vigor no âmbito do GATT.

No decorrer de 1993, passou-se a examinar um novo esquema negociador, sob a forma de três grupos multilaterais, responsáveis pelo acesso a mercados, pelos serviços e pelos temas institucionais. Começa a ser articulada a idéia da criação de uma "organização multilateral do comércio". O projeto de Ata Final foi aprovado por consenso em 15 de dezembro de 1993, abrindo-se caminho para a reunião ministerial de Marrakesh, onde foram assinados os diversos blocos de acordos preparados ao longo de sete anos e meio de negociações.

Em 15 de abril de 1994, 117 representantes de países assinaram, na última fase do oitavo ciclo de negociações multilaterais, a Ata Final da Rodada Uruguai, documento que

países mais desenvolvidos. O incremento das trocas internacionais, portanto, correlaciona-se com a expansão do capitalismo. V. NASSER, op. cit., nota 2.

¹⁴ Segundo COSTA, 1996, "as primeiras Rodadas de Negociações Comerciais Multilaterais tratavam apenas de problemas tarifários. A partir da Rodada Kennedy, as negociações passaram a abranger não somente o plano tarifário, mas também o não-tarifário. A Rodada Tóquio tratava tanto dos problemas tarifários e não-tarifários como da reforma do sistema jurídico do GATT-1947."

¹⁵ Segundo Paulo Roberto de Almeida, O Brasil e o Multilateralismo..., op. cit., p.178, até a Rodada Uruguai, um número ainda maior de barreiras não-tarifárias havia se erigido em substituição às reduções tarifárias negociadas nas diversas rodadas comerciais do GATT. Daí a insatisfação de diversos países, dentre eles os Estados Unidos, segundo os quais o sistema multilateral estava fragilizado por um "excesso

compreendia, dentre outros atos diplomáticos, o histórico acordo criador da Organização Mundial do Comércio¹⁶.

Deste modo, forma-se a tríade organizacional – OMC, FMI e Banco Mundial – com vista à administração da ordem econômica internacional do pós-guerra, demonstrando a disposição dos países participantes em assegurar uma coerência entre as políticas conduzidas nos terrenos comercial, monetário e financeiro¹⁷.

Quatro anexos resultaram das negociações da Rodada Uruguai. O Anexo 1, formado pelos Acordos Multilaterais de Comércio de Bens – GATT – 1994, pelo Acordo Geral sobre Comércio de Serviços – GATS (*General Agreement on Trade in Services*) e pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio – TRIPS (*Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights*); o Anexo 2, onde são tratadas as regras para solução de controvérsias entre os países Membros do GATT; e os Anexos 3 e 4, acerca do Exame de Políticas de Comércio e de Acordos de Comércio Plurilaterais, respectivamente¹⁸.

2.2. O Acordo Geral sobre Comércio de Serviços

A inclusão dos serviços na Rodada Uruguai destacou-se como uma importante característica deste ciclo, tendo em vista o fato de que as negociações anteriores do GATT limitavam-se ao comércio de mercadorias¹⁹.

O Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) pode ser dividido em duas partes. Na primeira, encontra-se o texto do acordo em si, contendo as normas a serem observadas pelos países signatários. A segunda parte é composta dos anexos. Cada anexo diz respeito a um setor²⁰ relevante de serviços. São eles: o anexo sobre a movimentação de pessoas físicas prestadoras de serviço, o anexo sobre os serviços de transporte aéreo, o anexo sobre serviços financeiros, o anexo relativo às negociações sobre serviços de transporte marítimo e, por fim, o anexo relativo às telecomunicações²¹.

LÍGIA COSTA²² salienta os tipos de serviços abrangidos pelo Acordo:

- “serviços que cruzam as fronteiras de um Membro para outro;
- serviços disponíveis no país de um Membro aos consumidores de outro Membro;
- serviços prestados por entidade de um Membro que se encontra comercialmente no território de outro Membro;
- presença de pessoas jurídicas de um Membro no território de outro Membro.”

de concessões” aos países em desenvolvimento e por lacunas que excluem setores como os serviços e a propriedade intelectual.

¹⁶ ALMEIDA, Paulo, 1999, p. 215.

¹⁷ *Ibidem*, p. 219.

¹⁸ Por meio do Decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, foi promulgada no Brasil a Ata Final que incorpora os resultados da Rodada Uruguai de Negociações Comerciais Multilaterais do GATT.

¹⁹ COSTA, Lígia, p. 5, salienta “nem todos os setores de serviços foram abrangidos nessa Rodada. O setor de audiovisuais não estará “protegido” pelas novas regras, pelo menos por enquanto”.

²⁰ A expressão *setor* é definida pelo Acordo Geral sobre Comércio de Serviços, em seu art. XXVIII, letra e, como “um ou mais, ou todos, os subsetores daquele serviço” no que diz respeito aos compromissos específicos. Nos demais casos trata-se da “totalidade daquele setor de serviços, inclusive de todos os seus subsetores”.

Para uma melhor compreensão do alcance do acordo em comento, impõe-se destacar algumas definições estabelecidas no documento. A definição de *serviços*, segundo o art. I, n. 3, letra b, do Acordo, “inclui qualquer serviço em qualquer setor, exceto aquele prestado no exercício da autoridade governamental”²³. Já a *prestação de serviço* corresponde, segundo o art. XXVIII, letra b, do Acordo, à “produção, distribuição, comercialização, venda e entrega de um serviço”²⁴.

Outra importante definição é a concernente ao *consumidor de serviços*. Trata-se, segundo o art. XXVIII, letra i, do Acordo, de “qualquer pessoa que receba ou utilize o serviço”²⁵. De acordo com tal conceituação, não há distinção no que diz respeito à forma de utilização, tão pouco quanto à pessoa – física ou jurídica – que usufruirá do serviço.

Além de tais conceituações, cabe salientar a presença de três princípios fundamentais da filosofia gattiana – nação-mais-favorecida, não-discriminação e tratamento nacional – os quais devem ser aplicados pelos países participantes e incorporados, progressivamente, aos novos setores de atividade previstos. A chamada cláusula da Nação-Mais-Favorecida determina que as vantagens concedidas para qualquer país, inclusive os não-membros, devem ser acordadas por todos os outros países-membros do GATS²⁶. O princípio da não-discriminação, por sua vez, imprime a condição de que os acordos de integração econômica regional não devem excluir nenhum setor de prestação de serviços. Além disso, os membros do GATS que sejam também parte de outro acordo regional de integração deverão comunicar tal fato ao Conselho para o Comércio de Serviços, órgão responsável da supervisão do Acordo. Por fim, segundo o princípio do tratamento nacional, não há permissão para

²¹ Devemos salientar que fazem parte também do GATS as negociações bilaterais sobre serviços firmadas entre os membros da Rodada Uruguai.

²² COSTA, Lígia, p. 104.

²³ Segundo reza o mesmo dispositivo, letra c, os *serviços prestados no exercício da autoridade governamental* dizem com “qualquer serviço que não seja prestado em bases comerciais, nem em competição com um ou mais prestadores de serviços”.

²⁴ Outras definições importantes contidas no Acordo são:

- Prestador monopolista de uma serviço; “qualquer pessoa, pública ou privada, que no correspondente mercado do território de um Membro tenha sido autorizado ou estabelecido legalmente ou de fato pôr aquele Membro como único supridor daquele serviço”, conforme dicção do artXXVIII, letra h, do Acordo;

- Pessoa física de um outro Membro: “pessoa física que reside no território daquele outro Membro ou de qualquer outro membro e que, segundo a legislação daquele outro Membro”, esteja na condição de “nacional daquele outro Membro, ou tenha direito de preferência permanente naquele outro membro no caso de um Membro que 1) não possua nacionais, ou 2) dispense a seus residentes permanentes substancialmente os mesmos direitos que a seus nacionais com respeito às medidas que afetam o comércio de serviços”, consoante artigo XXVIII, letra j, do Acordo;

- Pessoa jurídica: “constituída ou organizada de outro modo segundo a legislação daquele outro Membro e desenvolva operações comerciais substantivas no território daquele Membro ou de qualquer outro Membro”, de acordo com o artigo XXVIII, letra l, do Acordo.

²⁵ Note-se que o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro define consumidor como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Sobre o tema, brilhante exposição de Cláudia Lima Marques, em sua obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 1999, p. 140 et seq.

que fornecedores estrangeiros de serviços sejam tratados diferentemente dos fornecedores nacionais.

A fim de assegurar a participação dos países em desenvolvimento, compromissos específicos foram negociados, referentemente ao fortalecimento da capacidade e à competitividade dos serviços nacionais, bem como às melhorias a serem implantadas visando ao acesso desses países a novas tecnologias²⁷.

No que diz respeito às telecomunicações, certas obrigações assumidas no âmbito do GATS guardam particular relevância, face à prevalência de monopólios, públicos ou privados, no setor. Salientamos, nesse sentido, o artigo VI que trata da regulamentação nacional dos serviços, onde são apontadas regras para a observância e aplicação dos compromissos específicos assumidos. Outro dispositivo a ser ressaltado aborda os monopólios e prestadores exclusivos de serviços (artigo VIII), determinando sejam tomadas providências por parte de cada membro no sentido de coibir práticas incompatíveis com os compromissos assumidos.

²⁶ COSTA, Lígia, *op. cit.*, p. 105, exemplifica a cláusula da nação-mais-favorecida da seguinte forma: "permissão dada por um Membro a um estabelecimento bancário de um outro Membro para operar no seu território. Essa permissão será estendida automaticamente para todos os outros Membros."

²⁷ Os membros apresentam listas de compromissos específicos abordando o acesso ao mercado interno, definindo limitações e condições referentes ao princípio do tratamento nacional e especificando compromissos adicionais.

²⁸ **ARTIGO VI - Legislação Nacional**

1. Nos setores em que compromissos específicos sejam assumidos, cada Membro velará para que todas as medidas de aplicação geral que afetem o comércio de serviços sejam administradas de maneira razoável, objetiva e imparcial.

2. a) Cada Membro manterá ou instituirá, tão logo seja factível, tribunais judiciais, arbitrais ou administrativos ou procedimentos que permitam, após solicitação de um prestador de serviços afetado, a pronta revisão das decisões administrativas que afetem o comércio de serviços e, quando for justificado, a Aplicação de recursos apropriados. Quando tais procedimentos não sejam independentes do órgão encarregado da decisão administrativa, o Membro velará para que o recurso seja objetivo e imparcial. (...)

ARTIGO VIII - Monopólios e Prestadores Exclusivos de Serviços

1. Cada Membro velará para que todo prestador de um serviço que goze de monopólio em seu território não atue, ao prestar o serviço no mercado respectivo, de maneira incompatível com as obrigações previstas no artigo II e em seus compromissos específicos.

2. Quando um prestador monopolista de um Membro competir, seja diretamente seja por intermédio de uma companhia afiliada, na prestação de um serviço fora do alcance de seu direito de monopólio e que esteja sujeito a compromissos específicos assumidos por dito Membro, este velará para que tal prestador não abuse de sua posição de monopólio de maneira incompatível com aqueles compromissos. (...)

ARTIGO IX - Práticas Comerciais

1. Os Membros reconhecem que certas práticas dos prestadores de serviços, além daquelas compreendidas pelo Artigo VIII, podem limitar a competição e, portanto, restringir o comércio de serviços.

2. Cada Membro, após solicitação de outro Membro, manterá consultas com vista à eliminação das práticas referidas no parágrafo 1.º. O Membro a que se dirija a solicitação examina-la-á cabalmente e com compreensão e cooperará mediante o fornecimento de informação não confidencial que seja

Por fim, o artigo IX sobre práticas comerciais determina a eliminação de práticas restritivas do comércio no serviços²⁸.

2.2.1. O Anexo referente às Telecomunicações

O Acordo Geral sobre Comércio de Serviços possui, ainda, um anexo específico abordando medidas que afetam o uso das redes de serviços de telecomunicações. O anexo é composto por sete seções, sendo que as principais obrigações assumidas estão contidas na seção relativa às redes de serviço público de transporte de telecomunicações.

O termo “telecomunicações” encontra-se definido no anexo como “a transmissão e recepção de sinais por qualquer meio eletromagnético”²⁹. Todavia, o diploma excepciona os serviços de distribuição por cabo, difusão de programas de rádio ou de televisão, de modo que o anexo não se aplicará a esses serviços. O anexo trata também do chamado “serviço público de transporte de telecomunicações”, preocupando-se, fundamentalmente, com a garantia, por parte dos Estados-Membros, de que os prestadores de serviços de outros membros tenham acesso e/ou uso das redes públicas de transportes de telecomunicações e serviços, de maneira não-discriminatória³⁰. Nesse sentido, os Países-Membros somente poderão impor condições a tal acesso para manter o serviço disponível ao público, proteger a integridade técnica das redes públicas e dos serviços ou em respeito aos compromissos consignados nas listas correspondentes.

No que se refere à transparência, assegurada também no texto principal do GATS, o anexo prevê que toda a informação relevante estará disponível aos interessados. Nesse aspecto, salienta a importância de auxiliar os países em desenvolvimento a fim de proporcionar a ampliação de sua infra-estrutura e de sua participação no comércio internacional de serviços de telecomunicações. Para isso, o anexo dispõe acerca de atividades de cooperação técnica das quais os países em desenvolvimento poderão participar.

Por fim, o Anexo sobre Telecomunicações cita a União Internacional de Telecomunicações³¹ e a Organização Internacional para a Normalização, instituições incumbidas de auxiliar na tarefa de estabelecer padrões internacionais dentre os países-membros.

Trata-se, pois, de regulamentação que, ao reconhecer as características peculiares ao setor de telecomunicações, em particular no que tange a sua dupla função como setor independente e meio fundamental de transporte de outras atividades econômicas, disciplina a matéria de acordo com aos princípios e objetivos da OMC.

publicamente disponível e guarde relação com o assunto de que se trate. Dito Membro fornecerá ao Membro solicitante também outras informações de que disponha, sujeita a sua legislação nacional e à conclusão de um acordo satisfatório com o Membro solicitante quanto à salvaguarda de sua confidencialidade.

²⁹ Anexo sobre Telecomunicações, n. 3, letra a.

³⁰ Isso significa que os prestadores de serviço terão acesso a qualquer rede pública de transporte de telecomunicações ou serviço oferecido dentro do território ou através da fronteira. Cada Estado-Membro deverá permitir, por exemplo, a interconexão de circuitos privados, arrendados

Impõe-se salientar que os Estados-Membros estão obrigados a observar tais normas mesmo no caso de não terem promovido a liberalização dos serviços de telecomunicações ou ainda que não tenham apresentado compromissos específicos ao GATS. Isso se deve ao fato de que o Anexo preocupa-se, principalmente, com o acesso dos usuários aos serviços e não com a liberalização do mercado propriamente dita.

3. O Acordo Mundial das Telecomunicações

Os Estados-Membros da Organização Mundial do Comércio, em fevereiro de 1997, aprovaram o Acordo sobre Liberalização dos Serviços Básicos de Telecomunicações, o qual passou a ser denominado *Acordo Mundial de Telecomunicações* tendo em vista sua abrangência e a grande adesão dentre os países responsáveis pela maior parte do mercado de telecomunicações no mundo³².

Tal acordo é formalmente representado por um Protocolo anexo ao GATS chamado “Quarto Protocolo ao Acordo Geral de Serviços” (*Fourth Protocol of the General Agreement on Trade in Services*). Trata-se de um conjunto de compromissos assumidos pelos Estados-Membros no sentido da eliminação de barreiras comerciais a partir da adoção dos princípios estabelecidos em abril de 1996 no “Livro de Referência sobre Princípios Reguladores” (*Reference Paper on Regulatory Principles*).

Para maior compreensão do atual sistema regulatório das telecomunicações no âmbito da OMC, impõe-se a análise de tais instrumentos e dos compromissos assumidos pelos países-membros em torno do propósito liberalizatório dos serviços de telecomunicações.

3.1. Das Negociações aos Compromissos Específicos

A partir do final da Rodada Uruguai, as negociações acerca do livre acesso ao mercado de serviços básicos de telecomunicações intensificaram-se. Em abril de 1996, quando da Reunião Final das Negociações sobre Acesso aos Mercados de Telecomunicações, um total de trinta e quatro ofertas de compromissos específicos relativos à liberalização do setor haviam sido apresentadas pelos Estados-Membros.

Nessa oportunidade, os signatários comprometeram-se a observar os princípios contidos no Livro de Referência sobre Princípios Reguladores (*Reference Paper on Regulatory*

ou próprios, com redes públicas de transporte de telecomunicações ou serviços arrendados ou de propriedade de outro prestador de serviço.

³¹ A UIT, sediada em Genebra, Suíça, é integrada por cento e oitenta e oito países e 325 membros privado, fazendo parte do Sistema da ONU como órgão especializado em telecomunicações.

³² Segundo dados da Organização Mundial do Comércio (<http://www.wto.int>), os mercados de telecomunicações dos participantes somam mais de 91 por cento do mercado global. Ainda segundo esses dados, todos os países industrializados participaram do acordo, totalizando 69

Principles). De acordo com tal documento, elaborado pelo Grupo de Negociações sobre Serviços Básicos de Telecomunicações, os países signatários comprometeram-se a observar princípios sobre proteção à concorrência, editar normas sobre interconexão³³, implementar acesso universal³⁴ por meio de processos neutros e transparentes e instalar instituições reguladoras independentes.

Ainda nesse encontro, o Conselho para Comércio de Serviços da OMC decidiu³⁵ pela adoção do Quarto Protocolo ao Acordo Geral de Serviços (*Fourth Protocol of the General Agreement on Trade in Services*), ao qual os Estados-Membros anexariam, durante o período de 15 de janeiro a 15 de fevereiro de 1997, seus compromissos específicos para implementar uma regulamentação setorial que permitisse a contínua ampliação de oportunidades de acesso e liberalização do mercado de telecomunicações. Deveriam, além disso, anexar as exceções ao Artigo II do GATS (cláusula da nação-mais-favorecida)³⁶

“ARTIGO II - Tratamento da Nação Mais Favorecida.

Em fevereiro de 1997, quando sessenta e nove Estados-Membros³⁷ já haviam apresentado seus compromissos específicos no sentido de, principalmente, eliminar barreiras comerciais e prevenir condutas anticompetitivas, firmou-se, conforme previsto, o “Quarto Protocolo ao Acordo Geral de Serviços” (*Fourth Protocol of the General Agreement on Trade in Services*). Trata-se de um Protocolo de uma página no qual são anexados os compromissos

firmatários. Nesse sentido, v. ESCOBAR, J. C. Mariense, *O Novo Direito de Telecomunicações*, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 1999, p. 14.

³³ As normas de interconexão disciplinam a utilização das redes de telecomunicação de forma que um usuário, utilizando-se dos serviços de uma prestadora, possa comunicar-se com usuários de outras prestadoras de forma não-discriminatória.

³⁴ O documento determina que cada membro definirá o tipo de acesso universal aos serviços de telecomunicações que será mantido no âmbito de seu território. A Organização Mundial do Comércio prevê que a definição do conceito de universalização do serviço deve ficar a cargo de cada membro. Em termos gerais, cada agrupamento familiar deve ter acesso a uma linha de telefone básica, contudo, nos países em desenvolvimento, esse conceito pode representar que cada agrupamento deve ter acesso a um telefone público, considerando-se uma certa distância de sua casa. No Brasil, foi aprovado, em 15 de maio de 1998, por meio do Decreto nº 2.592, o primeiro *Plano Geral de Metas para a Universalização de Serviços Telefônicos Fixo Comutado Prestado no Regime Público*, conforme previsto no art. 80 da Lei 9.472/97. Objetiva-se não só acelerar a oferta de serviços percebidos como economicamente rentáveis, mas, principalmente, disponibilizá-los às áreas rurais ou de urbanização precária, às regiões remotas, a instituições de caráter público, social e a deficientes físicos. V. NETO, Messod Azulay & Antonio Roberto Pires de Lima, *O Novo Cenário das Telecomunicações no Direito Brasileiro*, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2000.

³⁵ “*Decision on Commitments in Basic Telecommunications*”, de 30 de abril de 1996.

³⁶ “ARTIGO II - *Tratamento da Nação Mais Favorecida*

1. Com respeito a qualquer medida coberta por este Acordo, cada Membro deve conceder imediatamente e incondicionalmente aos serviços e prestadores de serviços de qualquer outro Membro, tratamento não menos favorável do aquele concedido a serviços e prestadores de serviços similares de qualquer outro país.

2. Um Membro poderá manter uma medida incompatível com o parágrafo 1 desde que a mesma esteja Listada e satisfaça as condições do Anexo II sobre Isenções ao Artigo II. 3

3. As disposições deste Acordo não devem ser interpretadas de forma a impedir que qualquer Membro conceda vantagens a países adjacentes destinadas a facilitar o intercâmbio de serviços produzidos e consumidos localmente em zonas de fronteira contígua.”

³⁷ África do Sul, Argentina, Austrália, Bangladesh, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Brunei, Bulgária, Canadá, Chile, Colômbia, Côte d'Ivoire, Dominica, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Filipinas,

individuais apresentados pelos Estados-Membros, de modo que tais compromissos passam a integrar o pré-existente Acordo sobre Comércio de Serviços – GATS.

Os compromissos assumidos individualmente, dessa forma, delimitam o nível – total ou parcial – da permissão de acesso ao mercado. O Protocolo, portanto, não enumera os compromissos assumidos por parte de cada membro nem mesmo ressalta todas as limitações que poderão ser adotadas.

Além dos compromissos individuais, cada Estado-Membro pode optar por apresentar exceções à cláusula da nação-mais-favorecida³⁸. Apesar de a cláusula da nação-mais-favorecida constituir-se em um dos pilares do GATS, tais exceções são legítimas de acordo com o Protocolo. Caso não tenha apresentado nenhuma exceção, o Estado-Membro deve aplicar quaisquer vantagens concedidas a um país, membro ou não, a todos os outros países membros do GATS.

O Brasil e a Argentina, dentre outros membros, ofereceram exceções à cláusula da nação-mais-favorecida. O Brasil relativamente à distribuição de serviços de rádio e televisão diretamente aos consumidores, e a Argentina, por sua vez, apresentou exceção no sentido de não estender a nacionais de outros Membros tratamento dispensado às “joint ventures” argentinas no que se refere a requisitos de implantação³⁹.

Os compromissos assumidos individualmente abrangem um imenso leque de definições empregadas para designar as diferentes categorias de serviços e meios de telecomunicações. Tendo em vista tal situação, os serviços foram catalogados pela OMC em quatro grupos: a) distinções geográficas – local, longa distância nacional e internacional; b) meios tecnológicos – infraestrutura fixa ou sem fio; c) meios de distribuição; e d) clientela – para uso público ou para uso privado (grupos fechados). Tais categorias são fundamentais para a compreensão do alcance dos compromissos apresentados pelos Estados-Membros, porquanto esclarecem quais os serviços cobertos.⁴⁰

Em termos gerais, as limitações comumente listadas pelos Estados-Membros em seus compromissos referem-se ao número de prestadoras do serviço e à participação de capital estrangeiro. Interessante salientar que, ao passo que os países em desenvolvimento apresentam muito mais limitações quanto ao número de prestadoras do que os países industrializados, ambos se igualam no que se refere às limitações às prestadoras estrangeiras. Os Estados Unidos, por exemplo, limitam a concessão de licenças a operadoras de rádio com mais de 20% de capital estrangeiro.

Por fim, destacamos que o Brasil, apesar de ter firmado o Protocolo, ainda não obteve sua ratificação perante o Congresso Nacional. CUNHA & GAMA E SOUZA JR.⁴¹ salientam: “O Acordo sobre Telecomunicações da OMC, assim como o GATS, constituem Unidos, Filipinas, Gana, Granada, Guatemala, Hong Kong, Hungria, Ilhas Maurício, Índia, Indonésia, Islândia, Israel, Jamaica, Japão, Korea, Malásia, México, Marrocos, Nova Guiné, Nova Zelândia, Noruega, Paquistão, Papua, Peru, Polónia, República Checa, República Eslováquia, República Dominicana, Romênia, Senegal, Singapura, Sri Lanka, Suíça, Tailândia, Trinidad & Tobago, Tunísia, Turquia, União Européia e seus Estados-Membros e Venezuela.

³⁸ A cláusula da não-mais-favorecida proíbe os Estados-Membro da OMC de tomarem iniciativas discriminatórias entre si ou de tratar outro Estado-Membro menos favoravelmente do que o tratamento dispensado a outro país, membro da OMC ou não.

instrumentos internacionais em sentido estrito, cuja eficácia depende da respectiva ratificação pelos Estados signatários.”

3. 2. Resultados e Promessas do Novo Sistema

Indubitavelmente, a nova regulamentação do setor de telecomunicações proposta no âmbito da Organização Mundial do Comércio e os conseqüentes compromissos assumidos pelos Estados-Membros provocaram sensíveis mudanças no cenário internacional.

Segundo relatório apresentado em 08 de dezembro de 1998 pelo Conselho para Comércio de Serviços da OMC⁴², “em muitos países da União Européia, a liberalização da prestação de serviços somente teve eficácia completa após janeiro de 1998”. Ainda segundo esse documento, nas economias emergentes⁴³ a competição entre prestadores vem induzindo a redução de preços em serviços de telecomunicações internacionais e nacionais de longa distância. Ainda nesses países, os serviços de alta-tecnologia estão suprindo a demanda por aparelhos mais simples, como, por exemplo, os telefones de linhas fixas. Além disso, a competição beneficia a todos – consumidores e empresas – uma vez que acelera o ritmo das inovações tecnológicas, as quais não poderiam, segundo o relatório, ser previstas há menos de dois anos atrás, quando da conclusão das negociações da OMC.

No que tange à competição e à estruturação do mercado, vislumbram-se grandes transformações, porquanto os sistemas de monopólio, que visavam a suprir unicamente a demanda de seus próprios territórios, estão sendo substituídos por sistemas que permitem a prestação do serviço de telecomunicações por intermédio de companhias concorrentes e, muitas vezes, estrangeiras. Desta forma, há a substituição de um sistema simples e direto – mas freqüentemente ineficiente – por uma estrutura de mercado complexa composta por uma vasta gama de prestadores de serviços operando em diversos níveis de mercados nacionais e internacionais.

A OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*)⁴⁴, em seu relatório sobre Telecomunicações e Serviços de Informação de 1998⁴⁵, salienta que a combinação entre desregulamentação e diversidade de prestadoras de serviços de telecomunicações ocorrida em diversos países do mundo a partir dos compromissos assumidos no âmbito da OMC acarretaram altos níveis de fusões e aquisições no setor. Tal situação se deve, segundo o relato, à necessidade de formar grupos empresariais capazes de enfrentar fortes concorrentes em uma economia globalizada. As empresas vêm procurando, ainda, oferecer serviços integrados e diversificados ao consumidor a custos cada vez menores. Esse fato é evidenciado, por exemplo, no caso da associação de prestadoras de serviços de telefone fixo a companhias

³⁹ O Paraguai e o Uruguai, os quais, juntamente com o Brasil e a Argentina, compoem os países do Mercosul, não apresentaram compromissos específicos ao Acordo sobre Telecomunicações da OMC.

⁴⁰ V. site oficial da OMC (<http://www.wto.int>).

⁴¹ CUNHA & GAMA E SOUZA JR., ob. cit. p. 11.

⁴² O documento encontra-se na página da Organização na internet (<http://www.wto.int>). Consulta realizada em 30.05.01.

⁴³ O termo “economias emergentes” é usado no âmbito da Organização Mundial do Comércio para designar os países em desenvolvimento e as economias em transição.

televisão a cabo, possibilitando, assim, a disponibilização de dois serviços a partir de uma mesma infra-estrutura⁴⁶.

Outro aspecto salientado no relatório da OECD⁴⁷ é a grande dificuldade enfrentada atualmente pelas empresas iniciantes em obter uma parcela significativa do mercado, particularmente no que se refere ao acesso ao consumidor final. Nesse cenário, segundo a organização, torna-se imperativa a ampla regulamentação do setor referentemente à proteção da concorrência como forma de impedir que empresas sustentem uma posição dominante no mercado exercendo controle sobre as condições e preços dos serviços de telecomunicações.

Em parecer emitido em 07 de outubro de 1997, ao analisar os efeitos da liberalização dos serviços no setor das telecomunicações, o Conselho para Comércio de Serviços da Organização Mundial do Comércio⁴⁸ conclui que os avanços tecnológicos na área das telecomunicações são decorrentes, em grande parte, da liberalização do mercado, devido ao fato de que os governos de muitos países em desenvolvimento não poderiam arcar com os investimentos necessários à implantação de instrumentos de alta-tecnologia. Além disso, a liberalização vem contribuindo substancialmente para a atração de investimentos, colaborando sobremaneira para o desenvolvimento de países antes pouco atraentes aos investidores.

Por fim, o Conselho da OMC destacou, ainda, a tendência de que, face à prestação dos serviços de telecomunicações por empresas transnacionais⁴⁹, sejam ultrapassados os limites dos territórios nacionais, ultrapassando-se, também, os limites de um único ordenamento jurídico. A fim de regular tais situações, torna-se imperativo, segundo o referido parecer, serem firmados acordos bilaterais ou multilaterais de cooperação no sentido de salvaguardar a concorrência, coibindo condutas prejudiciais ao livre comércio de serviços.

4. Conclusão

A Organização Mundial do Comércio (OMC) propôs um novo modelo de exploração assentado na liberdade de iniciativa privada, a partir da intervenção estatal no sentido da implementação do regime privado e da correção das chamadas imperfeições do mercado⁵⁰. Para efetivar o modelo competitivo, os Estados-Membros, dentre eles o Brasil, firmaram compromissos específicos, de acordo com sua realidade e obedecendo aos fundamentos

⁴⁴ A OECD trata-se de uma organização cuja secretaria se localiza em Paris e que agrupa trinta países, dentre eles os Estados Unidos, o Canadá, o México e vários países membros da União Européia, os quais reúnem-se periodicamente para discutir o desenvolvimento mundial nas áreas econômica, social e política.

⁴⁵ O relatório pode ser encontrado na página eletrônica oficial da OECD no endereço <http://www.oecd.org/dsti/sti/it/cm/index.htm>. Data da consulta: 22.05.01.

⁴⁶ De modo geral, a liberalização da exploração dos serviços de telecomunicações vem sendo instrumentada nos diversos países por uma política, normativamente imposta, de compartilhamento ou sobreposição de infraestrutura. Essa postura é encontrada no art. 73 da Lei Geral das Telecomunicações Brasileira.

⁴⁷ V. site oficial da organização: <http://www.oecd.org>.

⁴⁸ <http://www.wto.int>

estabelecidos no Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) e no Acordo sobre Liberalização de Serviços de Telecomunicações de 1997⁵¹.

Evidencia-se, portanto, o processo de implementação de uma nova realidade, não mais assentada no modelo tradicional de exploração do setor de telecomunicações por meio de sistemas monopolísticos, mas sim pela liberalização de mercados. Trata-se de reformulação indispensável para o melhor atendimento das necessidades coletivas, sobretudo diante da globalização da economia, das crescentes exigências dos usuários e da necessidade de redução dos custos de expansão e operação dos serviços de telecomunicações.

Finalmente, enfatizamos a necessidade da implantação, em observância às diretrizes estabelecidas pela OMC, de projetos conjuntos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Tais esforços constituem-se fundamentais para o estabelecimento de serviços de telecomunicações em um mercado transnacional. Nas palavras do presidente da *Federal Communications Commission* (FCC) – agência reguladora dos serviços de telecomunicações nos Estados Unidos -, “países desenvolvidos não podem continuar sua prosperidade sem elevar o nível de prosperidade do mundo inteiro”.⁵²

⁴⁹ Cf. salienta CUNHA & GAMA E SOUZA JR., ob. cit., p. 430, o termo transnacional advém da tradução para a língua portuguesa da locução *transnational law* usada por Phillip C. Jessup na obra “*Transnational Law*”, Yale University Press, New Haven, 1958. A expressão pretende identificar a norma destinada a regulamentar situações que transcendam as fronteiras de um país.

⁵⁰ O art. 6º da Lei Geral de Telecomunicações prevê expressamente essa função do Estado, dispondo:

Democracia e Subsidiariedade

Rozangela Bertolo

INTRODUÇÃO

Subsidiariedade - conceito e origem

A investigação acerca da concepção de subsidiariedade, no tocante a suas origens e significação, sinaliza para a doutrina social da Igreja Católica e os documentos pontifícios, especialmente as Encíclicas *Immortale Dei*, do Papa Leão XIII, *Quadragesimo Anno*, do Papa Pio XI, e *Mater et Magistra*, do Papa João XXIII.

O Papa Leão XIII enunciou na *Immortale Dei* o antecedente do princípio afirmando a garantia frente ao poder do Estado da esfera familiar e local, comunal, e o âmbito que salvaguarda a dignidade e a vida dos cidadãos.

O princípio de filosofia social da Igreja, foi expresso pelo papa Pio XI, Encíclica *Quadragesimo Anno* (1931), indicando a necessidade e a importância de delegar-se às associações ou corpos intermediários o que estes podem realizar segundo o princípio da função supletiva¹ dos poderes públicos.

¹Veja-se os itens 78 a 80 da Encíclica *Quadragesimo Anno*, de Pio XI, no título 5 referente à Restauração da Ordem Social: "78. Ao falarmos na reforma das instituições, temos em vista sobretudo o Estado; não porque dêle só deva esperar-se todo o remédio, mas porque o vício do já referido "individualismo" levou as coisas a tal extremo, que, enfraquecida e quase extinta aquela vida social outrora rica e harmônicamente manifestada em diversos gêneros de agremiações, quase só restam os indivíduos e o Estado. Esta deformação do regime social não deixa de prejudicar o próprio Estado, sôbre o qual recaem todos os serviços que as agremiações suprimidas prestavam e que verga ao peso de negócios e encargos quase infinitos. 79. Verdade é, e a história o demonstra abundantemente, que devido à mudança de condições, só as grandes sociedades podem hoje levar a efeito o que antes podiam até mesmo as pequenas; permanece, contudo, imutável aquêlo solene princípio da filosofia social; assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efetuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à coletividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O natural da sociedade e da sua ação é coadjuvar os seus membros, e não destruí-los nem absorvê-los. 80. Deixe, pois, a autoridade pública ao cuidado das associações inferiores aqueles negócios de menor importância, que a absorveriam em demasiado; poderá então desempenhar mais livre, enérgica e eficazmente o que só a ela compete, porque só ela o pode fazer: dirigir, vigiar, urgir e reprimir, conforme os casos e a necessidade requeiram. Persuadam-se todos os que governam de que quanto mais perfeita ordem hierárquica reinar entre as várias agremiações, segundo este princípio da função "supletiva" dos poderes públicos, tanto maior influência e autoridade terão êstes, tanto mais feliz e lisonjeiro será o estado da nação." (grifou-se) In Documentos Pontifícios Pio XI Sobre a restauração e aperfeiçoamento da ordem social (*Quadragesimo ano*) IV Edição, Petrópolis, Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte : Vozes, 1957, p. 31 e 32.

Na Carta Encíclica “Mater et Magistra” (1961), ao tratar da Evolução da Questão Social, o Papa João XXIII reitera o princípio da subsidiariedade destacando que a ação dos poderes públicos deve ter o caráter de orientação, de estímulo, de coordenação, de suplência e de integração, inspirando-se no *princípio da subsidiariedade* formulado por Pio XI na *Quadragesimo Anno*².

Os referidos textos pontifícios manifestaram-se assinalando a importância dos chamados “corpos intermediários”³. Tratam da socialização no sentido da “*multiplicação progressiva das relações dentro da convivência social*”⁴ comportando “a *associação de várias formas de vida e de atividade, e a criação de instituições jurídicas*”⁵ e como efeito e causa uma “*crescente intervenção dos poderes públicos nos domínios mais delicados, como os da saúde, da instrução e educação... da orientação profissional, dos métodos de recuperação e readaptação dos indivíduos de algum modo menos dotados*”⁶. Ressaltam, também, a tendência natural dos seres humanos a originar uma grande variedade de grupos, associações e instituições.

Para a adequada compreensão da subsidiariedade, faz-se necessário o exame das origens do princípio de modo a evitar uma perspectiva equivocada do ponto de vista histórico, especialmente tendo-se em mente a contínua releitura ou recepção de princípios, valores e normas⁷.

A atuação subsidiária estatal proposta pela doutrina social da Igreja inspira-se na estrutura medieval canônica e nos mecanismos múltiplos de organização social e política existentes na sociedade medieval, cujo pensamento ressaltava, conforme Antônio Manuel Hespanha:

“ a indispensabilidade de todos os órgãos da sociedade e, logo, da impossibilidade de um poder político ‘simples’, ‘puro’, não partilhado. Tão monstruoso como um corpo

²Documentos Pontifícios. João XXIII. *Sobre a recente evolução da questão social. Carta Encíclica “Mater e Magistra”* Petrópolis, RJ : Vozes, 1961, p. 14.

³Veja-se o texto da encíclica *Mater et Magistra*: “62. Para o conseguir, requer-se, porém, que as autoridades públicas se tenham formado, e realizem praticamente, uma concepção exata do bem comum, este compreende o conjunto das condições sociais que permitem e favorecem nos homens o desenvolvimento integral da personalidade. E cremos necessário, além disso, que os **corpos intermediários e as diversas iniciativas sociais**, em que sobretudo procura exprimir-se e realizar-se a socialização, gozem duma forma de autonomia efetiva relativamente aos poderes públicos, e vão no sentido dos seus interesses específicos, com espírito de leal colaboração mútua e de subordinação às exigências do bem comum. Nem é menos necessário que ditos corpos se apresentem sob a forma de verdadeiras comunidades; isto é que os seus membros sejam considerados e tratados como pessoas, e estimulados a participar ativamente na vida associativa. 63. As organizações da sociedade contemporânea desenvolvem-se, e a ordem dentro delas consegue-se, cada vez mais, graças a um equilíbrio renovado: exigência, por um lado, de colaboração autônoma prestada por todos, indivíduos e grupos; e, por outro lado, coordenação no devido tempo e orientação promovidas pelas autoridades públicas.” Documentos Pontifícios. João XXIII. *Sobre a recente evolução da questão social. Carta Encíclica “Mater et Magistra”*. Petrópolis, RJ : Vozes, 1961, p. 17.

⁴Encíclica citada, p. 15.

⁵Op. cit., p. 15 e 16.

⁶Op. cit., p. 16.

⁷Com o intuito de respeitar a lógica das fontes no sentido adotado por Antônio Manuel Hespanha in *Panorama histórico da cultura jurídica européia*. Mira-Sintra, Portugal : Publicações Europa-América, 1997, p.46.

que se reduzisse à cabeça, seria uma sociedade em que todo o poder estivesse concentrado no soberano. O poder era, por natureza, repartido; e, numa sociedade bem governada, esta partilha natural deveria traduzir-se na autonomia político-jurídica (iurisdictio) dos corpos sociais⁸.

As múltiplas funções do Estado acentuam suas relações com a sociedade, notadamente a interação entre o poder central e os poderes periféricos⁹ e a questão da auto-organização da sociedade, da autonomia, da organização federal, da organização comunitária internacional.

A matéria, tributária do direito canônico, apresenta estreita vinculação com a democracia e com o pluralismo político.

O princípio¹⁰, tem aplicação no plano internacional, no plano nacional, no âmbito da intervenção do Estado na iniciativa privada, na discussão acerca da presença do Estado na economia e das cláusulas econômicas inseridas nos textos constitucionais.

Aplica-se nas relações de trabalho, na co-administração dos empregados nas empresas, no ensino, na planificação regional.

O termo subsidiariedade apresenta, como se pode defluir, uma polissemia, uma plurissignificação, sendo relevantes as noções de supletividade, de complementariedade, de complementariedade.

O publicista francês Jean-Marie Pontier afirma que a subsidiariedade faz parte dos elementos da arquitetura do Direito Administrativo francês do século XX ao lado do princípio da legalidade e da responsabilidade, todavia, entre aqueles elementos não imediatamente perceptíveis mas indispensáveis ao edifício. Assevera ser a subsidiariedade uma noção mal conhecida, discreta e solitária. Não sendo um termo portador de uma significação precisa em direito.

Etimologicamente o termo e seus derivados provém do latim *subsidium* compreendendo um sentido de assistência, auxílio e *subsidiarius* designando o que é secundário, auxiliar ou supletivo. Das diferentes significações do termo tem-se, de um lado, a idéia de secundariedade e, de outro, as idéias de supletividade e de complementariedade. Estas últimas significações estão em consonância com o

⁸HESPAÑA, António Manuel. Op. cit., p. 61.

⁹Ver sobre o assunto *O princípio de subsidiariedade - conceito e evolução*, de José Alfredo de Oliveira Baracho, Rio de Janeiro: Forense, 1997.

¹⁰Para maiores detalhes em relação à essencial distinção entre princípios e regras consulte-se o capítulo que Eros Grau dedica ao tema em *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. São Paulo: RT, 1990, p.92 e segs. O autor salienta a plurissignificação do termo princípio, conotando tanto princípios gerais do direito - proposição normativa por terem sido positivados em determinados ordenamentos jurídicos - como uma dimensão de peso e importância a comportar valoração (Dworkin). Salienta a distinção da regra pela estrutura peculiar, de representação de situação objetiva de hipótese à qual vinculam-se consequências jurídicas práticas - os seus efeitos - constituindo-se as regras na concreção dos princípios.

enunciado contido nos documentos pontifícios e igualmente com o sentido dado aos direitos romano e canônico como subsidiários dos direito locais¹¹.

A – SUBSIDIARIEDADE, DEMOCRACIA E SOCIEDADE PLURALISTA.

A constante evolução da sociedade contemporânea leva à discussão e ao exame dos conceitos de democracia e pluralismo e o papel dos grupos sociais.

De acordo com a etimologia, democracia é o governo do povo que a exerce diretamente ou por seus representantes. Suas origens remontam ao pensamento grego, em especial Platão no livro VIII da ‘República’ e Aristóteles em ‘A Política’.

A idéia é indissolivelmente ligada à de liberdade e igualdade. Evolui com as concepções liberais, de Locke, em seu ‘Ensaio sobre o governo civil’, de Montesquieu, com a célebre doutrina da separação dos poderes formulada em ‘O espírito das leis’, e de Rousseau com sua concepção de soberania popular na obra ‘O contrato social’.

Da crítica à democracia liberal e sua ênfase na liberdade e na igualdade abstrata e formal resulta a democracia social intrinsecamente vinculada à idéia de igualdade e justiça social. O avanço da técnica inaugura uma nova modalidade de democracia gerando questões relativas à tecnocracia.

A Democracia Social, contrastando a Social Democracia, leciona Miguel Reale, é a nova forma assumida pelo liberalismo em uma sociedade pluralista que necessita compor em unidade três valores que são complementares: o do *indivíduo*, o da *sociedade civil*, com a livre expansão de seus grupos e categorias naturais, e o *Estado*¹².

A democracia, o ideal democrático continua sendo força poderosa na transformação da sociedade, especialmente na realização e concretização de valores de convivência humana.

Norberto Bobbio afirma: “*Para definir democracia são necessárias duas negações: a negação do poder autocrático, em que consiste a participação, e a negação do poder monocrático, em que consiste o pluralismo*”¹³.

O princípio da subsidiariedade é concernente à organização da sociedade civil e do Estado, rejeita a centralização, a concentração de poderes pela autoridade central, bem como o abandono dos grupos sociais à sua própria sorte, propondo a atuação supletiva do Estado.

Na ciência e na teoria política mais recente retorna a idéia de pluralismo como coexistência de diferentes ordens políticas, jurídicas, costumeiras, no mesmo âmbito da sociedade¹⁴ e o pós-modernismo acentua as formas quotidianas, implícitas e informais de poder¹⁵.

¹¹ É por demais conhecida a recepção do direito romano-canônico, que ingressa como direito subsidiário aplicável nas lacunas dos direitos locais e muitas vezes com desprezo a estes. Ver acerca a questão o artigo “Romanismo e Bartolismo” no Direito Português, de Mário Júlio de Almeida Costa, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. XXXVI, 1960, p. 16-43, e “Breve histórico do direito Reinícola”, de Cândido Mendes de Almeida, in *Revista da AJURIS*, nº. 7, 1976, p. 5-40.

¹² REALE, Miguel. *Liberdade e democracia*. São Paulo : Saraiva, 1987, p.8.

¹³ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília. Ed. Polis, Ed. UnB, 1990, p. 28.

¹⁴ HESPANHA, op. cit., p. 24.

O conceito de pluralismo não é novo. A idéia de pluralismo consiste na melhor possibilidade de governo de uma sociedade quando maior a repartição do poder. Norberto Bobbio destaca ser:

*“Uma das formas tradicionais para distinguir um governo despótico de um governo não despótico é observar a maior ou menor presença dos chamados corpos intermediários e, mais precisamente, a maior ou menor distribuição do poder territorial e funcional entre governantes e governados.”*¹⁶

Neste contexto as sociedades e as associações primárias ou ditas intermediárias tem papel preponderante na organização social e política estatal. O Estado visa atingir seus fins específicos com respeito à pessoa humana e aos chamados grupos primários ou intermediários¹⁷ – a família, o município, a comuna, as associações – que buscam seus fins por seus próprios meios, reforçando assim a autonomia destes grupos e limitando, por conseqüência, o poder político Estatal.

Bobbio identifica três aspectos quando fala em pluralismo ou sociedade pluralista: a) a constatação da complexidade das sociedades contemporâneas formadas por esferas particulares dotadas de relativa autonomia, tais como os sindicatos, os partidos, os grupos organizados, os grupos não organizados; b) a preferência quanto ao melhor modo de organização destas sociedades de forma a fazer com que o sistema político permita a expressão política aos vários grupos e camadas sociais através da participação direta ou indireta na formação da vontade coletiva; e c) esta forma de constituição consubstancia a antítese de toda forma de despotismo, em particular o totalitarismo¹⁸.

O autor lista as correntes autodefinidas como pluralistas, nascidas dos três mais importantes sistemas ideológicos atuais. Assim, o socialismo que se diz pluralista é o chamado *guild-socialism*, de Hobson, do jovem Laski, e de Cole, sendo que este último identificou a existência da democracia real na Grã-Bretanha nos grupos, nas comunidades menores, formais e informais e na sua capacidade de formar rapidamente diante das premências imediatas¹⁹.

Já o pluralismo da doutrina cristã enunciado no *Código di Malines* contra o individualismo deificador do indivíduo e o coletivismo deificador do Estado, salienta o desdobramento da vida humana em um certo número de sociedades, além da sociedade política constituída pelo Estado, a família, as associações profissionais e de outra natureza, sociedades naturais e não naturais, a Igreja e a comunidade internacional. O pluralismo da doutrina cristã apresentou-se de forma organicista e funcionalista²⁰. Esta

¹⁵ Id. *ibid.*, p. 24.

¹⁶ BOBBIO, op. cit., p. 15.

¹⁷ O termo denota grupos sociais que se encontram entre o indivíduo e o Estado.

¹⁸ BOBBIO, op. cit., p. 16. O autor diz sobre a polêmica acerca do pluralismo em uma sociedade socialista: *“Os esforços do pensamento socialista e democrático voltaram-se para o primeiro objetivo (negação do poder autocrático) – alargamento da participação do poder político estreitamente ligado ao poder econômico – e ainda não para o segundo (negação do poder monocrático)”*, p. 28.

¹⁹ Id. *ibid.*, p. 17 e 21.

concepção de pluralismo social foi acolhida no art. 2º da Constituição italiana, reconhecendo e garantindo os direitos invioláveis do homem enquanto indivíduo e enquanto membro das formações sociais²¹.

Por fim, o pluralismo liberal-democrático da sociedade norte-americana estruturalmente mecanicista e conflitualista,²² consubstanciado na existência de uma multiplicidade de centros de poder não completamente soberanos, assim definido por Robert Dahl: “*Em lugar de um centro singular de poder soberano, devem existir muitos centros, mas nenhum deles deve ou pode ser inteiramente soberano*”²³

A concepção pluralista americana encontra uma de suas matrizes na teoria dos grupos de Bentley, sem falar-se no que Bobbio denomina “mito do associacionismo americano” proveniente de Tocqueville.

Existem várias formas de pluralismo, visualizando-se, entretanto, uma base comum de importância e valorização dos grupos sociais, ou seja, a mesma do princípio da subsidiariedade.

Duas idéias constituem o substrato do princípio da subsidiariedade: a primeira, de valorização dos corpos sociais intermediários na organização da sociedade e, a segunda, de atuação suplementar ou supletiva do Estado junto a estes grupos. O princípio da subsidiariedade está ligado a outro princípio, o da unidade.

Constata-se que a subsidiariedade passa do âmbito da doutrina social da Igreja para o direito constitucional, para o direito administrativo e para o direito internacional e comunitário.

O artigo da Constituição italiana introdutor do pluralismo em sentido técnico e específico, *como teoria dos grupos sociais*, segundo Bobbio, é o 2º, ao dispor acerca da tutela do indivíduo não somente enquanto indivíduo, mas *enquanto membro das formações sociais*²⁴.

O texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não traz menção expressa ao princípio da subsidiariedade. Todavia, pode-se identificar implicitamente o princípio, no *caput* do artigo 1º, ao estatuir que a República Federativa é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios²⁵ elencando entre seus fundamentos, no inciso V, o pluralismo político. Verifica-se, no artigo 205, que cuida da educação como direito de todos e dever do Estado e da família, promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, com a previsão de programas

²⁰ Concebe os vários entes organizados em um sistema hierárquico e finalista.

²¹ Id. *ibid.*, p. 18.

²² Id. *ibid.*, p. 21 e 22. O modelo mecanicista e conflitualista parte da relação de conflito existente e considera o resultado, jamais definitivo de um equilíbrio de forças que se cindem e se recompõem continuamente.

²³ Id. *ibid.*, p. 18.

²⁴ BOBBIO, op. cit. p. 31.

²⁵ O disposto no art. 1º da Constituição Federal de 1988 sanciona a autonomia política e administrativa do Município, destoando da concepção clássica de federalismo, no sentido deste não deter

suplementares no inciso. VII e, ainda, com o sistema de colaboração entre os entes da federação conforme o artigo 211 e parágrafos.

O princípio de atuação subsidiária, supletiva, do Estado aplica-se especialmente à repartição de competências nos Estados federados e à descentralização com transferência destas competências às coletividades e organizações territoriais, nos Estados unitários.

B – SUBSIDIARIEDADE, AUTONOMIA E FEDERALISMO

O federalismo está assentado na autonomia dos Estados-membros, pressupõe governo próprio e distribuição de competências. A autonomia no Estado federal consubstancia-se no poder agir dentro de um determinado âmbito preestabelecido constitucionalmente²⁶. A autonomia é distinta da soberania, caracterizando-se pela delimitação das áreas de decisão e ação sobre seus interesses pelo direito, quadro ou moldura estabelecida na Constituição Federal.

A essência do federalismo funda-se na repartição de competências. A natureza e o tipo histórico da federação²⁷ irão delinear a forma e os limites da partição²⁸ de poderes entre a União e os Estados-membros, estabelecendo-se para as comunas os denominados assuntos de interesse local²⁹.

Klaus Stern consigna como conseqüência da opção pela organização federal que “*los espacios constitucionales de la Federación y de los Länder se contraponen de forma fundamentalmente autónoma*”.³⁰

O Estado federal apresenta estrutura caracterizada pela desconcentração do poder no âmbito territorial ou seja, como leciona Lúcia Valle de Figueiredo: “*a pluralidade de centros de poderes autônomos, coordenados pelo poder central, este sim exercendo a soberania externa*”.³¹

No sistema federativo os Estados-membros dispõem de autonomia para o exercício de competências estabelecidas na constituição caracterizando-se pela “*união de coletividades políticas e unidades territoriais, vincadas pela detenção de autonomia, autonomia esta configurada, fundamentalmente, pela existência de distribuição de competências para cada esfera governamental e de estruturas de administração e governo próprias*”.³²

não deter representatividade na parlamento da União. Todavia indiscutível que a medida reforça a autonomia dos poderes locais.

²⁶ Ver sobre a questão José Afonso da Silva, ao abordar a autonomia e intervenção, no seu *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo: RT, 1990.

²⁷ A federação originariamente resultou da união de entidades políticas, inicialmente independentes e distintas a exemplo dos Estados Unidos da América, Suíça e Alemanha.

²⁸ PONTES DE MIRANDA prefere a expressão ‘devolução’ de competências aos Estados-membros ou Províncias, Comunas ou Municípios, em seus *Comentários à constituição de 1946*. Tomo II, Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, no título ‘Da organização federal’, p. 339 e segs.

²⁹ A expressão remonta o medievo e encontra-se na legislação e textos constitucionais contemporâneos como expressão do âmbito de autonomia das comunas locais.

³⁰ STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios constitucionales, 1987, p. 118.

³¹ FIGUEIREDO, Lucia Valle. “Competências administrativas dos Estados e Municípios”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 207: 1-9, jan./mar., 1997.

Por óbvio, a conformação constitucional da autonomia está diretamente ligada às características histórico, econômico e social de cada Estado.

Acerca da originalidade da federação norte-americana e da importância das comunas locais, salienta Tocqueville:

*“Na maior parte das nações européias, a existência política começou pelas regiões superiores da sociedade e se comunicou, pouco a pouco, e sempre de maneira incompleta, às diversas partes do corpo social. Na América, pelo contrário pode-se afirmar, que a comuna foi organizada antes do condado, o condado antes do Estado, o Estado antes da União.”*³³ (grifou-se)

O aspecto da organização estatal que diz respeito à autonomia municipal³⁴ representa a contraposição das entidades locais ao poder central. A autonomia municipal, por vezes é modelada de forma meramente administrativa, outras vezes com índole político-administrativa.

Francisco Campos lembra as cidades gregas que estabeleciam o seu regime próprio de governo, refere os municípios romanos e as comunas medievais salientando as diversas concepções do conceito de autonomia, seus distintos temperamentos, restrições e alcance.

O autor salienta a distinção das realidades e estruturas jurídicas historicamente consagradas, o que é necessário se ter presente no exame das formas de autonomia contemporâneas:

*“O município romano não é o mesmo município grego não é o mesmo município da Idade Média, e, no entanto, a autonomia municipal que se procura defender agora vem se filiar a essas instituições históricas, e o argumento decisivo, invocado em favor dessa autonomia, é justamente o espírito do governo local, a função histórica representada pela autonomia local na formação do Estado moderno”.*³⁵

Acerca das comunas dos Estados Unidos afirma Tocqueville:

*“... é na comuna que reside a força dos povos livres. As instituições são para a liberdade aquilo que as escolas primárias são para a ciência; pois colocam ao alcance do povo, fazendo-o gozar do seu uso pacífico e habituar-se a servir-se dela. Sem instituições comunais pode uma nação dar-se um governo livre, mas não tem o espírito da liberdade”*³⁶

A execução dos serviços locais constitui o cerne da administração própria. No texto constitucional brasileiro, a cláusula da interesse local veio substituir a do peculiar interesse como definidora do âmbito de atuação dos municípios. A

³² BERTOLO, Rozangela Motiska.. *Direito Urbanístico e Constituição*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 1998, p. 47.

³³ TOCQUEVILLE. Alexis de. *A democracia na América*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, São Paulo: Ed. da USP, 1987, p. 39.

³⁴ Estudei mais detalhadamente a matéria no título A autonomia do Município no Brasil na Dissertação de Mestrado citada.

predominância do interesse tem sido balizadora na identificação do que seja interesse local face à dificuldade diante da sobreposição ou interseção de áreas de atuação e de interesses.

José Alfredo de Oliveira Baracho, examinando o federalismo alemão e o princípio da subsidiariedade, destaca as várias revisões ocorridas nos últimos anos na ordem política e econômica na Alemanha objetivando maior liberdade de participação, com o federalismo como componente essencial do governo democrático³⁷, elencando a doutrina, segundo o autor, pontos essenciais na justificação do federalismo:

“1) o federalismo preserva a diversidade histórica e a individualidade; 2) facilita a proteção das minorias; 3) aplica o princípio da subsidiariedade; 4) o federalismo é um meio de proteção da liberdade; 5) o federalismo encoraja e reforça a democracia, facilitando a participação democrática; a eficiência é também, considerada como uma das razões que justificam o federalismo.”³⁸ (grifou-se)

A experiência alemã do Estado Federal Democrático tem no federalismo e no parlamentarismo dois princípios basilares devendo-se ter presente as suas particularidades, condições sociais, estrutura econômica e desenvolvimento³⁹.

O autor indica Gustav Gundlach considerado criador e expositor na doutrina alemã no que respeita aos aspectos sociais e filosóficos do princípio da subsidiariedade e, politicamente, Oswald von Nell-Breuning vinculando o referido princípio com o conceito de federalismo, revelando que os elementos constitutivos da subsidiariedade estão em sua estrutura governamental, compreensão conduzente a inferir-se o estreito liame entre o federalismo e o princípio da subsidiariedade.

A descentralização ocorre tanto dentro da estrutura administrativa dos órgãos públicos como na organização federativa do estado.

Sobre a descentralização administrativa cabe o registro de Tocqueville de servir a centralização administrativa para enfraquecer as nações que a elas se submetem, tendendo a diminuir entre elas o que denominou “espírito de cidade”:

“Certos interesses são comuns a todas as partes da nação, tais como a elaboração das leis gerais e as relações do povo com os estrangeiros. Outros interesses são especiais a certas partes da nação, tais como, por exemplo, os empreendimentos comunais. Concentrar num mesmo lugar ou numa mesma mão o poder de dirigir os primeiros é instituir o que eu chamaria de centralização governamental. Concentrar da mesma maneira o poder de dirigir os segundos é o que eu denominaria de centralização administrativa”⁴⁰.

A descentralização comporta, também a adoção de estruturas regionais compostas de mais de um Estado e regiões intra-estaduais, assim como é a forma que

³⁵ CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. II, p.28.

³⁶ TOCQUEVILLE, op. cit., p. 54.

³⁷ BARACHO, op. cit. p. 43.

³⁸ Id. *ibid.*, p. 43.

os Estados unitários utilizam para conferir maior autonomia às suas comunidades locais e regionais.

Jean-Marie Pontier aponta a descentralização como um domínio de aplicação da subsidiariedade: *“Plus précisément, ce principe trouve à s’appliquer aux relations entre les organes centraux et les organes locaux, il commanda, dans une mesure Qui reste à vérifier, la décentralisation”*.⁴¹

Em relação à política de descentralização o mesmo autor assinala que o princípio da subsidiariedade é um dos princípios a partir dos quais se pode justificar e explicar as medidas de descentralização. Aceitar o princípio significa admitir a idéia conforme a qual as autoridades locais devem dispor de certos poderes. É um instrumento de liberdade uma vez que condena a absorção de todos os poderes pela autoridade central. Sustenta Pontier:

“Le principe de subsidiarité peut se résumer, dans le domaine de la décentralisation, de manière très simple: laisser le plus de liberté et de pouvoirs aux collectivités territoriales sans rien sacrifier de ce Qui fait l’essentiel de la fonction de l’État”.⁴²

Inserto no princípio da subsidiariedade está a descentralização concretizada no Estado Federado, na desconcentração de poderes no Estado Unitário mediante políticas de descentralização⁴³ e, igualmente, na descentralização nas estruturas administrativas dos órgãos públicos. O princípio indica uma necessidade de equilíbrio entre o poder central e os poderes locais e regionais.

Os grupos sociais não podem ser desconsiderados quer se tratando da organização estatal, quer se tratando da sociedade internacional.

O princípio da subsidiariedade supõe a divisão de competências, a descentralização e a cooperação das diversas esferas das estruturas tanto estatal como comunitária.

C – A SUBSIDIARIEDADE NO DIREITO INTERNACIONAL E COMUNITÁRIO

Ao lado da perspectiva das relações internas dos Estados e dos chamados corpos intermediários releva a questão da subsidiariedade nas relações internacionais.

³⁹ Id. *ibid.*, p. 46.

⁴⁰ Id. *ibid.*, p. 73.

⁴¹ Op. cit.

⁴² Op. cit.

⁴³ A propósito da descentralização administrativa às coletividades locais na França ver os seguintes artigos: MORAND-DEVILLER, Jacqueline e MONCHAMBERT, Sabine. “Les nouvelles responsabilités des collectivités locales”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L’Étranger*. 1988, p. 991-1058. REGOURD, Serge. “De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie” *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L*

O direito internacional público tem como finalidade reger as relações entre Estados soberanos e, também, entre os organismos internacionais e os Estados que deles fazem parte.

A vida exterior dos Estados e de seus cidadãos cada vez mais é balizada pela política e regulações jurídicas derivadas de organizações internacionais globais ou setoriais. A integração mediante adesão caracterizam estes entes, estes organismos.

O universo da aplicação da subsidiariedade é ampliado pela existência de organizações internacionais tais como as Nações Unidas e a Organização dos Estados Americanos. O mesmo ocorre com as organizações regionais, a exemplo da Comunidade Econômica Européia, e sub-regionais como o Mercosul.

No direito internacional encontra-se a alusão à competência subsidiária da Assembléia Geral das Nações Unidas e aos órgãos subsidiários das Nações Unidas⁴⁴.

À semelhança da organização interna dos Estados o princípio da subsidiariedade encontra aplicação na sociedade internacional em razão do indispensável respeito às particularidades e potencialidades dos entes da comunidade internacional o que tem reflexos importantes no âmbito da validade e dos efeitos dos tratados.

Diante de estruturas nacionais e supranacionais, diante da pluralidade de direitos aplicáveis, diante de realidades históricas, econômicas e sociais distintas verifica-se a importância da aplicação do princípio da subsidiariedade a da necessária existência de equilíbrio entre Estados nacionais.

A ocorrência de agrupamentos de Estados em estruturas supranacionais é possível, não somente pela manifestação expressa dos governos mas, também, do consentimento da população envolvida pela política e decisões da futura organização.

É especialmente no direito comunitário que a subsidiariedade se torna noção fundamental.

A ciência, a prática, o direito e a política do comunitarismo decorrem da constituição de “comunidades de Estados” organizadas posteriormente ao pós-guerra sob as normas de integração constituindo uma nova realidade política e jurídica contemporânea⁴⁵.

Este fenômeno gerou uma nova disciplina jurídica, o direito comunitário. A ordem jurídica criada pelo tratado internacional da Comunidade Européia constitui o direito da Comunidade Européia que é distinto, do direito internacional e também do sistema de direitos nacionais⁴⁶ internos. Tem por escopo fundamental regular as relações entre a entidade supranacional comunitária e os Estados que a integram.

A professora Harriet Chistine Zitscher - referindo que o Tratado de Maastrich fundador da União Européia, abrangendo a comunidade Européia, a moeda única e a cooperação intergovernamental nas áreas da política externa e interna - consigna que o receio de vários Estados membros em firmar um tratado amplificador das competências

l'Étranger, 1990, p. 961-987. CAILLOSSE, Jacques. “La décentralisation. Mode d'emploi”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger*. 1988, p.1229-1249.

⁴⁴ BARACHO, op. cit. p 25.

⁴⁵ Id. *Ibid.* p.21.

dos órgãos de uma entidade européia cada vez mais centralizada determinou a incorporação expressa do princípio da subsidiariedade (artigo 3-b) com o intuito de equilibrar os poderes da Comunidade Européia⁴⁷.

O Direito comunitário supõe uma atribuição de competências ao ente comunitário em matérias e finalidades específicas. O princípio da subsidiariedade constitui hoje um dos fundamentos da União Européia. Os Estados integrantes concordam em atribuir à entidade comunitária parcela de competência que antes detinham exclusivamente em razão de sua soberania

A subsidiariedade determina que a concessão de competências, em matérias não exclusivas à União Européia, tão somente ocorra se o fim pretendido não puder ser atingido, suficientemente, no plano dos Estados que a integram e se, cumulativamente, a atuação comunitária viabilizá-lo de melhor forma.

O disposto no supramencionado artigo 3-b apresenta três elementos fundamentais: um limite preciso de ação da Comunidade traçado pelo Tratado e seus fins; uma atuação supletiva comunitária no âmbito de competências não exclusivas, quando o fim pretendido não puder ser realizado, de maneira suficiente, pelos Estados participantes, e limitação da ação comunitária ao necessário para atingir os objetivos do Tratado.

Estes três elementos, que traduzem a essência da subsidiariedade, são adequados às outras organizações comunitárias, a serem constituídas ou que se encontram em distintas fases de implantação.

CONCLUSÃO

Neste trabalho examinou-se o princípio da subsidiariedade, sua aplicabilidade na auto-organização da sociedade, sem esgotar as possibilidades de aplicação do instituto.

Suas origens tem como fonte o direito canônico e a doutrina social da igreja. A subsidiariedade vincula-se ao princípio democrático e ao pluralismo político-social.

Envolve questões de natureza histórico-filosófica, política, econômica e jurídica tanto no plano interno, como na organização comunitária e internacional.

Nas várias formas de pluralismo visualiza-se uma base comum de importância e valorização dos grupos sociais, ou seja, o mesmo fundamento do princípio da subsidiariedade.

Os suportes doutrinários do princípio da subsidiariedade, quanto à estrutura governamental, conduzem ao federalismo como aplicação da subsidiariedade.

O princípio da subsidiariedade está presente nas questões de cooperação das diversas esferas de ação social no pertinente à autonomia, à descentralização e à repartição de competências no sistema federativo.

⁴⁶ Veja-se o artigo "Integração jurídica na Europa", da professora Harriet Chistine Zitscher,

No que respeita à estrutura administrativa a adoção do princípio conduz à descentralização.

A subsidiariedade tem aplicação nos Estados Unitários através da descentralização e delegação de poderes às organizações territoriais e comunais.

O princípio também é informador da ordem jurídica internacional e comunitária.

Na adoção de sistemas ou modelos jurídicos de organização do Estado e de organizações e entes internacionais o princípio da subsidiariedade auxilia a compor de forma dinâmica três valores que se imbricam⁴⁸: a) o indivíduo, b) a sociedade civil e os diversos grupos sociais que a compõem e, c) os Estados e comunidades de Estados, visando o bem comum e a justiça social.

publicado na *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 1999, p 63-78.

⁴⁷ ZITCHER, op. cit.

⁴⁸ No sentido de implicação e polaridade conforme a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale.

Bibliografia

- ALARCÓN GARCIA, Gloria. *Autonomia municipal, autonomia financeira*. Madrid : Civitas, 1995.
- ALMEIDA, Cândido Mendes de. "Breve histórico do direito Reinícola", *Revista da AJURIS*, nº. 7, 1976. p. 5-40.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O dever de fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra : Almedina, 1992.
- ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo. EDIPRO, 1995. (Série Clássicos).
- ÁVILA, Humberto Bergmann. "A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade". *Revista de Direito administrativo*. Rio de Janeiro. V. 215, jan./mar. 1999, 151-179.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio de subsidiariedade- conceito e evolução*. Rio de Janeiro : Forense, 1997.
- BERTOLO, Rozangela Motiska. *Direito urbanístico e constituição*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: UFRGS, 1998.
- BIZEAU, Jean-Pierre. "Pluralisme et Démocratie". *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Etranger*. v. 2, 1993, p. 513-542.
- BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Brasília : Ed. UnB : São Paulo : Polis, 1990.
- CALLOSSE, Jacques. "La décentralisation. Mode d'emploi". *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Etranger*. 1988, p. 1229-1249.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. II, 1956.
- CANOTILHO, *Direito constitucional*. Coimbra : Almedina 1993.
- CORREIA, Fernando Alves. Formas jurídicas de cooperação intermunicipal. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1984, p.61-128.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. "Romanismo e Bartolismo", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. XXXVI, 1960, p. 16-43,
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. "Competências administrativas dos Estados e Municípios". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 207: 1-9, jan./mar., 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988* (interpretação e crítica). São Paulo : RT, 1990.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Mira-Sintra, Portugal : Publicações Europa-América, 1997.
- JOÃO XXIII, *Sobre a recente evolução da questão social (Mater et Magistra)*. Petrópolis : Vozes, 1961.
- _____. *Pacem in terris*. Rio de Janeiro : Vozes, 1963. (comentada).

- _____. *As encíclicas sociais de*. Rio de Janeiro: Ed. MEC e José Olímpyo, 1963. V. II.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline e MONCHAMBERT, Sabine. “Les nouvelles responsabilités des collectivités locales”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L’Etranger*. 1988, p.991-1058.
- PIO XI. *Sobre a Restauração e aperfeiçoamento da ordem social. (Quadragesimo ano)*. Petrópolis, Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte: Vozes, 1957.
- PONTES DE MIRANDA. *Comentários à constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.
- PONTIER, Jean-Marie. “La subsidiarité en droit administratif”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L’Etranger*. v.6, nov./dez., 1986, p. 1515-1537.
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. *Liberdade e democracia*. São Paulo: Saraiva, 1987
- REGOURD, Serge. “De la décentralisation dans ses rapports avec la démocratie. – genèse d’une problematique”. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L’Etranger*. v. 4, 1990, p.961-985.
- ROMI, Raphaël. “Chonique de Droit Public de L’environnement – L’administration de l’environnement entre décentralisation et déconcentration. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L’Etranger*. v. 6, 1992, p. 1771-1792.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1990.
- STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Belo Horizonte: Ed. Itatiaia, São Paulo: Ed. da USP, 1987.
- ZITCHER, Harriet Chistiane. “Integração jurídica na Europa”. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. 1999, p. 63-78.

A Proteção ao Consumidor no Sistema Jurídico Brasileiro*

Sálvio de Figueiredo Teixeira**

SUMÁRIO

1. Razões e antecedentes históricos
2. O sistema normativo brasileiro de proteção ao consumidor
 - 2.1. Constituição de 1988
 - 2.2. O Código de Defesa do Consumidor
 - a) Codificação
 - b) Influência estrangeira
 - c) Estrutura do Código de Defesa do Consumidor
3. As principais inovações do sistema brasileiro de proteção ao consumidor
4. A proteção contratual e o direito privado
5. A desconsideração da personalidade jurídica
6. As ações coletivas e a defesa do consumidor em juízo
7. A inversão do ônus da prova
8. A legitimação ativa nas ações coletivas
9. Conclusão
10. Razões e antecedentes históricos

A Revolução Industrial, como de resto as revoluções do fim do século XVIII, modificaram substancialmente as relações políticas, sociais e econômicas, culminando também no surgimento de uma nova categoria de indivíduos, os consumidores, que passaram a sentir os efeitos da produção em série e da ampliação das atividades empresariais e comerciais. Desde essa época, há mais de duzentos anos, portanto, os participantes da chamada sociedade de consumo (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*) passaram a ter alterações em sua vida cotidiana, sob o influxo das demandas econômicas.

O Direito, em sua perspectiva de acompanhar os fenômenos sociais, aqui recordado o aforisma latino *ius oritur factum*, há muito protege o consumidor, em suas vestes de comprador, locatário de bens e serviços, passageiro de transporte, segurado etc. Embora

* "O direito do consumidor", in *Revista dos Tribunais*, n. 670, ago 1991, p. 50.

sem um tratamento sistematizado, é de longa data a disciplina legal, doutrinária e jurisprudencial dos direitos dessas categorias, como exemplificam os códigos civis dos Países do tronco romano-germânico, vinculados à vertente do *Civil Law*.

A última metade do século XX, todavia, assistiu ao crescente avanço da indústria e do comércio, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, a partir de quando os mercados se ampliaram para atingir a circulação universal da riqueza.

Nos últimos cinquenta anos, a par do surgimento dos blocos econômicos comunitários, entre os quais se destaca a União Européia, assistimos ao agigantamento dos grupos econômicos e empresariais e à concentração da produção em empresas em variados setores. E no crepúsculo do século passado, o fenômeno da globalização possibilitou ainda mais que os fornecedores de produtos e de serviços se unissem em corporações internacionais de grande porte. Enquanto isso, do outro lado, permaneciam os “consumidores” em sua esfera individual, como destinatários finais dessa produção.

Neste contexto, a sistematização do Direito do Consumidor surgiu como resposta da ciência jurídica ao abismo entre as poderosas redes de fornecedores e os milhões de consumidores, que se viam afastados da efetiva proteção de seus direitos. Percebeu-se, enfim, a insuficiência da concepção liberal individualista para satisfazer essa nova realidade da sociedade de consumo. A respeito, com aguçado espírito crítico, observou KONDER COMPARATO, muito antes da disciplina dogmática da matéria, ainda em 1974:

“A idéia de uma sistemática proteção do consumidor, nas relações de mercado, é sem dúvida estranha à teoria econômica clássica. Esta partia, com efeito, da noção de necessidade econômica individual, imaginando que ela se exprimisse livremente no mundo das trocas, como imposição da própria natureza, e como elemento formador da demanda global, à qual adaptar-se-ia, *ex post factum*, a oferta *global*. Nessa concepção, não cabe pois falar em proteção do consumidor, pois entende-se que é este, afinal de contas, quem dita as leis do mercado. Toda a discussão cinge-se ao aspecto da capacidade econômica de consumo, ou seja, a aptidão do consumidor a pagar o preço dos bens e serviços de que necessita” (A proteção do consumidor: importante capítulo do Direito Econômico, *in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XIII, n. 15/16, 1974).

Os avanços no tema partiram, *ultima ratio*, de uma constatação manifesta, a *vulnerabilidade* do consumidor, que mais e mais se enfraquecia no plano individual, e visaram, na outra ponta, a um objetivo consensualmente admitido, a imprescindibilidade da defesa desse consumidor.

O Direito deparou, então, com duas situações aparentemente antagônicas:

De um lado, preservar as leis de mercado e o desenvolvimento econômico, que se ancoraram na globalização como expressão da ordem capitalista;

De outro, evitar o esmagamento dos indivíduos pelas corporações.

A solução mediadora adotada conferiu ao Direito do Consumidor um caráter de intervenção estatal no mercado, hoje presente tanto nos países do *Common Law* quanto

do *Civil Law*, a exemplo do que ocorre na Europa continental e nos sistemas que lhe seguiram o modelo, entre eles o brasileiro.

Além desse intervencionismo estatal, o Direito do Consumidor reflete outra tendência contemporânea da ciência jurídica em todos os seus ramos, a saber, garantir a efetividade do acesso à Justiça e aos direitos proclamados no ordenamento jurídico.

Os séculos XIX e XX, até a Segunda Grande Guerra, revelaram a fragilidade dos direitos declarados formalmente na Constituição e nas leis ordinárias em garantir os indivíduos e as células sociais contra o arbítrio e os excessos e abusos dos grupos políticos e econômicos. As sociedades passaram a preocupar-se com os instrumentos para assegurar a inclusão de cada um e de todos como protegidos pela ordem jurídica, como aplicação do princípio democrático. O Direito do Consumidor inseriu-se nesse panorama, como registrou ANTÔNIO HERMAN BENJAMIN:

“Quanto maior for o número dos vulneráveis, maior será a sensibilidade estatal. É que em uma sociedade democrática, compreensivelmente, a equação numérica tem enorme peso. Esta a razão para que o Direito, muitas vezes, fique ao lado da maioria mesmo que com a minoria esteja o poder e a riqueza. Daí que o Direito do Consumidor não se justifica apenas como produto da sensibilidade do legislador para com a vulnerabilidade do consumidor. Igualmente relevante no seu desenvolvimento é o fato de que os consumidores são imensamente majoritários no mercado”¹.

A fim de atingir esse duplo propósito, proteger a parte mais frágil nas relações econômicas e jurídicas e a ela assegurar o acesso à Justiça, o Direito do Consumidor se bifurcou em normas de direito material e normas de direito processual, ora para equilibrar o vínculo entre as partes, ora para moldar os institutos processuais à defesa individual e coletiva dos direitos.

2. O sistema normativo brasileiro de proteção ao consumidor

2.1. Constituição de 1988

A analítica Constituição brasileira de 1988, na procura de ampliar e reforçar os direitos e interesses individuais e coletivos, alçou à categoria e nobreza dos direitos fundamentais a defesa do consumidor e a incluiu entre os princípios da ordem econômica nos seus arts. 5º, XXXII, e 170, V, assim redigidos:

· “Art. 5º

[...]

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

¹ Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas.

• “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor”.

A Constituição Federal, além de disciplinar a iniciativa legislativa na matéria, na órbita dos tributos também estabeleceu, no art. 150, § 5º, que “a lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. E, em relação à prestação de serviços públicos, diretamente ou por concessão e permissão, o seu art. 175 atribuiu à lei ordinária dispor sobre os “direitos dos usuários”.

O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por sua vez, em meio às normas de aplicação da nova Constituição e de transição entre o regime anterior e o atual, determinou que o Congresso Nacional elaborasse “código de defesa do consumidor”.

Como se vê, a opção do constituinte originário se evidenciou em vários dispositivos do texto constitucional em favor da defesa do consumidor, impondo ao legislador ordinário a tarefa de tornar efetivo esse propósito.

2.2. O Código de Defesa do Consumidor

a) Codificação

Como se vê, o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11.9.1990, não se originou, como na França, de uma simples decisão ministerial, tendo encontrado sustentação, ao contrário, na própria Constituição. Por outro lado, a opção do constituinte de 1988 por um código, e não por uma lei, contribuiu para dar coerência e homogeneidade a esse novo ramo do direito, além de fortalecer o tratamento da matéria.

A propósito, quando do debate durante os trabalhos preparatórios de elaboração do Código, assinalou a doutrina:

“O constituinte, claramente, adotou a concepção da codificação, nos passos da melhor doutrina estrangeira, admitindo a necessidade da promulgação de um arcabouço geral para o regramento do mercado de consumo.

Ora, se a Constituição optou por um Código, é exatamente o que temos hoje. A dissimulação daquilo que era código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o *lobby* dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevendo sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um *iter* legislativo extremamente formal, o que, naquele caso, não tinha sido

observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era”².

b) Influência estrangeira

Sem embargo da controvérsia inicial sobre a codificação, inspirou-se o Código de Defesa do Consumidor em modelos legislativos vigentes no estrangeiro. Com efeito, desde a Resolução n. 39/248, 9/4/1985, da Assembléia-Geral da Organização das Nações Unidas, identificada como a origem dos direitos básicos do consumidor, além da legislação comunitária europeia as legislações francesa, espanhola, portuguesa, alemã, mexicana, canadense e norte-americana foram as fontes de inspiração para o Código brasileiro. Como anota a mesma fonte doutrinária,

“A maior influência sofrida pelo Código veio, sem dúvida, do *Projet de Code de la Consommation*, redigido sob a presidência do professor Jean Calais-Auloy. Também importantes no processo de elaboração foram as leis gerais da Espanha (*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lei n. 26/1984), de Portugal (*Lei n. 29/81*, de 22 de agosto), do México (*Lei Federal de Protección al Consumidor*, de 5 de fevereiro de 1976) e de Quebec (*Loi sur la Protection du Consommateur*, promulgada em 1979).

Visto agora pelo prisma mais específico de algumas de suas matérias, o Código buscou inspiração, fundamentalmente, no direito comunitário europeu: as Diretivas 84/450 (publicidade) e 85/374 (responsabilidade civil pelos acidentes de consumo). Foram utilizadas, igualmente, na formulação do traçado legal para o controle das cláusulas gerais de contratação, as legislações de Portugal (*Decreto-Lei n. 446/85*, de 25 de outubro) e Alemanha (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB Gesetz*, de 9 de dezembro de 1976).

Uma palavra à parte merece a influência do direito norte-americano. Foi ela dupla. Indiretamente, ao se usarem as regras europeias mais modernas de tutela do consumidor, todas inspiradas nos *cases* e *statutes* americanos. Diretamente, através da análise atenta do sistema legal de proteção ao consumidor nos Estados Unidos. Aqui foram úteis, em particular, o *Federal Trade Commission Act*, o *Consumer Product Safety Act*, o *Truth in Lending Act*, o *Fair Credit Reporting Act* e o *Fair Debt Collection Practices Act*³.

Essa influência da legislação estrangeira, contudo, não impediu a elaboração de um Código adaptado à realidade brasileira e às suas peculiaridades, em que sobreleva a desigualdade entre os mais abastados e os menos favorecidos, a acentuar a impotência e a hipossuficiência destes e a exigir do Direito, em conseqüência, respostas cada vez mais eficazes para ampliar o acesso à Justiça.

² Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, “Código brasileiro de defesa do consumidor”, 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 9.

³ Op. cit., p. 10.

c) Estrutura do Código de Defesa do Consumidor

A Lei n. 8.078, publicada em 12/9/1990, resultou de quase dois anos de elaboração legislativa, em cujo período o anteprojeto inicial, depois de intensos debates nas duas Casas do Congresso e audiências públicas, sofreu modificações e aperfeiçoamentos proporcionados pela participação de importantes segmentos da sociedade, como indústria, comércio, serviços, governo, consumidores, cidadãos, além da contribuição de juristas e especialistas de reconhecida postura cultural.

O Código de Defesa do Consumidor conta com seis títulos, que tratam (a) dos direitos do consumidor, (b) das infrações penais, (c) da defesa do consumidor em juízo, (d) do sistema nacional de defesa do consumidor, (e) da convenção coletiva de consumo e (f) das disposições finais.

O título I contém sete capítulos, iniciando pelas disposições gerais (I) e abordando a política nacional das relações de consumo (II), os direitos básicos do consumidor (III), a qualidade dos produtos e serviços, a prevenção e reparação dos danos (IV), as práticas comerciais, como a oferta, a publicidade e os abusos (V), a proteção contratual (VI) e as sanções administrativas (VII).

O título II cuida especificamente das infrações penais. E o título III, com importantes inovações também no campo processual, sobretudo nas áreas da legitimação das partes e dos efeitos da *res iudicata*, abrange, em quatro capítulos distintos, depois das disposições gerais, as ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, as ações de responsabilidade do fornecedor e a coisa julgada.

O título IV, por sua vez, trata do sistema nacional de defesa do consumidor, enquanto o título V se ocupa da convenção coletiva de consumo e o último, o VI, se reserva às disposições finais.

3. As principais inovações do sistema brasileiro de proteção do consumidor

Importantes inovações e peculiaridades extraem-se dessa sistematização, sendo de notar-se de início a coexistência de normas de direito material e normas de direito processual, assim como relevantes alterações na relação entre o direito público e o privado, tornando expressa a intervenção estatal na autonomia da vontade e na liberdade de mercado, princípios reitores do direito privado desde a construção do *pacta sunt servanda*.

Entre as suas principais inovações, salienta a doutrina:

“- formulação de um conceito amplo de fornecedor, incluindo, a um só tempo, todos os agentes econômicos que atuam, direta ou indiretamente, no mercado de consumo, abrangendo inclusive as operações de crédito e securitárias;

- um elenco de direitos básicos dos consumidores e instrumentos de implementação;

- proteção contra todos os desvios de quantidade e qualidade (vícios de qualidade por insegurança e vícios de qualidade por inadequação);

- melhoria do regime jurídico dos prazos prescricionais e decadenciais;

- ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica das sociedades;
- regramento do *marketing* (oferta e publicidade);
- controle das práticas e cláusulas abusivas, bancos de dados e cobrança de dívidas de consumo;
- introdução de um sistema sancionatório administrativo e penal;
- facilitação do acesso à Justiça para o consumidor;
- incentivo à composição privada entre consumidores e fornecedores, notadamente com a previsão de convenções coletivas de consumo”⁴.

Entre tantas, algumas merecem especial destaque, como se procurará demonstrar a seguir.

4. A proteção contratual e o direito privado

Ao proteger os contratos contra os abusos dos agentes econômicos, o Código permitiu a intervenção dos órgãos de proteção ao consumidor, notadamente do Judiciário, nas cláusulas pactuadas entre as partes e também nos contratos de adesão, interferindo diretamente na autonomia da vontade para cercear as condições que restrinjam as informações ao consumidor e para caracterizar como “nulas de pleno direito” as cláusulas viciadas introduzidas nos contratos pelos fornecedores de produtos e serviços.

O Direito do Consumidor incorporou, na verdade, o dirigismo contratual característico das normas de direito econômico, de ordem pública e, por isso mesmo, de aplicação imediata, como antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor já proclamava o Superior Tribunal de Justiça, entre outros, no REsp n. 2.595-SP (DJ 1^o/10/1990), julgado em 28.8.90, em cujo voto, como relator, assina lei:

“Orlando Gomes, em obra dedicada ao Direito Econômico, analisando os aspectos jurídicos do dirigismo econômico nos dias atuais, após assinalar que a sanção pela transgressão de norma de ordem pública é a nulidade, afirma:

“Outro princípio que sofre alteração frente à ordem pública dirigista é o da intangibilidade dos contratos. Sempre que uma nova lei é editada nesse domínio, o conteúdo dos contratos que atinge tem de se adaptar às suas inovações. Semelhante adaptação verifica-se por força de aplicação imediata das leis desse teor, sustentada como prática necessária à funcionalidade da legislação econômica dirigista.

Derroga-se com o princípio da aplicação imediata a regra clássica do direito intertemporal que resguarda os contratos de qualquer intervenção legislativa decorrente de lei posterior à sua conclusão” (“Direito Econômico”, Saraiva, 1977, p. 59).

⁴ Op. cit., pp. 10-11.

Atento à essa qualidade das normas de direito econômico, que se revestem do atributo de normas de ordem pública, esta Corte vem prestigiando a aplicação imediata de tais normas, atingindo contratos em curso”.

Posteriormente, a mesma Corte veio reconhecer esse caráter de ordem pública das normas do Código de Defesa do Consumidor, ao afastar, por exemplo, a cláusula contratual de eleição de foro (Conflitos de Competência n. 19.105-MS, DJ 15/3/1999, e n. 32.868-SC, DJ 11/3/2002). Estes acórdãos receberam as seguintes ementas, no pertinente:

· “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CLÁUSULA ELETIVA DE FORO LANÇADA EM CONTRATO DE ADESÃO. NULIDADE COM BASE NA DIFICULDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PREJUÍZO À AMPLA DEFESA DO RÉU. CARÁTER DE ORDEM PÚBLICA DA NORMA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO Nº 33 DA SÚMULA/STJ.

- Tratando-se de contrato de adesão, a declaração de nulidade da cláusula eletiva, ao fundamento de que estaria ela a dificultar o acesso do réu ao Judiciário, com prejuízo para a sua ampla defesa, torna absoluta a competência do foro do domicílio do réu, afastando a incidência do enunciado nº 33 da Súmula/STJ”.

· “COMPETÊNCIA. CONFLITO. FORO DE ELEIÇÃO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BANCO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA ESPECIAL.

- O Código de Defesa do Consumidor orienta a fixação da competência segundo o interesse público e na esteira do que determinam os princípios constitucionais do acesso à Justiça, do contraditório, ampla defesa e igualdade das partes.

- Prestadoras de serviços, as instituições financeiras sujeitam-se à orientação consumerista.

- É nula a cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão quando gerar maior ônus para a parte hipossuficiente defender-se ou invocar a jurisdição, propondo a ação de consumo em local distante daquele em que reside.

- Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Canoas”.

O advento do Código de Defesa do Consumidor contribuiu para acelerar e acentuar o processo de reforma que perpassa os ramos do direito, principalmente o civil, o comercial e o processual. Aliás, o Direito do Consumidor constitui-se em expressivo passo rumo à prevalência dos interesses sociais sobre os meramente individuais. A respeito, já lecionava DARCY BESSONE, nas décadas de 50/60:

“Tornou-se evidente que é necessário criar um sistema de defesas e garantias, para impedir que os fracos sejam espoliados pelos fortes, assim como para assegurar o predomínio dos interesses sociais sobre os individuais.

Todos, diz RIPERT, apelam para o Estado, exigindo-lhe a ordem econômica. Premido por tão urgentes solicitações, o Estado passa a dirigir o contrato, não tanto segundo a vontade comum e provável dos contratantes, mas atentando, sobretudo, nas necessidades gerais da sociedade. Legisla em nome da ordem pública, cuja noção se alarga e enriquece. A lei deixa de ser a regra abstrata e permanente, para se tornar um regulamento temporário e detalhado.

[...]

Os princípios tradicionais, individualistas e severos, sofrem freqüentes interrogações, em proveito da Justiça contratual e da interdependência das relações entre os homens” (*Do contrato*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1960, n. 20, pp. 52-53).

A propósito, no âmbito do direito privado, no Brasil editou-se um novo Código Civil (ainda em *vacatio legis*), para substituir o anterior, de 1916, buscando a disciplina das obrigações e dos contratos, assim como o direito societário, nos moldes da emergente sociedade de consumo, refletindo “uma mudança de paradigmas que atribui ao moderno direito civil uma tônica social, orientada pela necessidade de realização da justiça concreta e pautada na chamada *ética da situação*”. Depois de quase três décadas de discussão e debates, finalmente se votou e sancionou o novo diploma civil, não obstante a sua desatualização em diversos pontos, sobretudo em relação ao Direito de Família, onde as alterações estão muito aquém das profundas inovações introduzidas na Constituição de 1988, esperando-se agora que, ainda no período da *vacatio legis*, ou em futuro próximo, advenham mudanças legislativas a atualizar o novo texto editado, compatibilizando-o com as diretrizes constitucionais e com a arejada e renovadora jurisprudência que a esta prontamente se incorporou⁵ Ao escrever sobre a fisionomia do novo Código Civil brasileiro, destaquei:

“Três princípios foram confessadamente adotados pela Comissão de 1969: da socialidade, da operatividade e da eticidade.

⁵ O legislador de 2001, por outro lado, introduziu também alterações na própria estrutura do novo Código, dividindo-o em duas partes: uma geral, onde dispõe sobre as pessoas, os bens e os fatos jurídicos; e outra, especial, a tratar, pela ordem, em cinco livros, do Direito das Obrigações(unificado), do Direito de Empresa, do Direito das Coisas, do Direito de Família e do Direito das Sucessões. Em síntese, a par de um sem número de inovações, muitas das quais de grande relevo para a ciência jurídica e para a sociedade brasileira dos nossos dias, e sem embargo das múltiplas deficiências que o texto contém, e que todos esperamos sejam corrigidas legislativamente ainda antes da sua entrada em vigência, certo é que estamos a ingressar em uma nova etapa do Direito Privado brasileiro, com novas regras e a correção de muitas carências acumuladas ao longo do tempo, com a renovação de conceitos e princípios e a esperança de dias melhores, nos quais tenham maior proteção os direitos do cidadão e da pessoa humana” (“O novo Código Civil”, ed. América Jurídica, Rio, 2002).

Pelo primeiro, busca-se fazer prevalecer os valores sociais e coletivos sobre os individuais, dando à nova codificação um perfil bem diferente do anterior, moldado para uma sociedade então predominantemente rural.

Pelo segundo, procura-se dar exequibilidade, realização, efetividade, enfim, às normas civis materiais, afastando o culto à forma e ao academicismo, ao fundamento de que não se deve tornar complexo o que deve ser simples e objetivo. Neste sentido, para exemplificar, o tratamento dado à distinção entre prescrição e decadência, elencados os casos daquela na parte geral e acopladas as normas da segunda aos respectivos preceitos.

Pelo princípio da eticidade, por seu turno, o novo Código dá especial ênfase a valores aos quais o Código de 1916 não deu relevo. O novo Código prioriza os valores da pessoa humana sobre o normativismo técnico-jurídico, valorizando a boa-fé, a equidade, a justa causa e outros critérios, ampliando a atuação do julgador, conferindo-lhe maior poder para realizar, no caso concreto, a solução mais justa e equitativa. Cuida-se aí, sem dúvida, do ponto mais alto do novo estatuto civil.

O Direito Comercial igualmente vem tomando ares de vanguarda ao ampliar os debates sobre as sociedades anônimas e a lei de falências, agora inspirada no soerguimento das empresas e não mais no encerramento definitivo de suas atividades.

Acerca dessa postura do direito privado e da atualidade do Direito do Consumidor, confira-se o REsp n. 63.981-SP (DJ 20/11/2000), de que fui relator, com esta ementa:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. FILMADORA ADQUIRIDA NO EXTERIOR. DEFEITO DA MERCADORIA. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA NACIONAL DA MESMA MARCA (“PANASONIC”). ECONOMIA GLOBALIZADA. PROPAGANDA. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. PECULIARIDADES 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 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.

IV - Impõe-se, no entanto, nos casos concretos, ponderar as situações existentes.

V - Rejeita-se a nulidade argüida quando sem lastro na lei ou nos autos”.

A referida jurisprudência brasileira, de sua vez, tem se manifestado em um sem número de variados casos, a exemplo dos relacionados a seguir, de aplicação no campo do direito material:

Cláusula de limitação de tempo de internação (plano de saúde)

· *REsp n. 251.024-SP (DJ 4/2/2002), 2ª Seção*

“DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO TEMPORAL DE INTERNAÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ART. 51-IV. UNIFORMIZAÇÃO INTERPRETATIVA. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - É abusiva, nos termos da lei (CDC, art. 51-IV), a cláusula prevista em contrato de seguro-saúde que limita o tempo de internação do segurado.

II - Tem-se por abusiva a cláusula, no caso, notadamente em face da impossibilidade de previsão do tempo da cura, da irrazoabilidade da suspensão do tratamento indispensável, da vedação de restringir-se em contrato direitos fundamentais e da regra de sobredireito, contida no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, segundo a qual, na aplicação da lei, o juiz deve atender aos fins sociais a que ela se dirige a às exigências do bem comum.

III - Desde que a tese jurídica tenha sido apreciada e decidida, a circunstância de não ter constado do acórdão impugnado referência ao dispositivo legal não é obstáculo ao conhecimento do recurso especial”.

Cláusula dúbia em contrato de adesão

· *REsp n. 311.509-SP (DJ 25/6/2001)*

“DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO-SAÚDE. TRANSPLANTE. COBERTURA DO TRATAMENTO. CLÁUSULA DÚBIA E MAL REDIGIDA. INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR. ART. 54, § 4º, CDC. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA/STJ, ENUNCIADO 5. PRECEDENTES. RECURSO NÃO-CONHECIDO.

I – Cuidando-se de interpretação de contrato de assistência médico-hospitalar, sobre a cobertura ou não de determinado tratamento, tem-se o reexame de cláusula contratual como procedimento defeso no âmbito desta Corte, a teor de seu verbete sumular nº 5.

II - Acolhida a premissa de que a cláusula excludente seria dúbia e de duvidosa clareza, sua interpretação deve favorecer o segurado, nos termos do art. 54, § 4º do Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, nos contratos de adesão, as cláusulas limitativas ao direito do consumidor contratante deverão ser redigidas com clareza e destaque, para que não fujam de sua percepção leiga”.

Perda das parcelas pagas em compromisso de compra e venda

· *REsp n. 158.193-AM (DJ 23/10/2000)*

1 - É nula a cláusula que estabelece a perda integral das parcelas pagas em contrato de promessa de compra e venda de imóvel, pelo inadimplente, consoante o artigo 53 da Lei nº 8.078/90 (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor).

Contratos de arrendamento mercantil (leasing)

· *REsp n. 248424-RS (DJ 5/2/2001)*

“4. O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos contratos de arrendamento mercantil”.

Extravio de mercadoria em transporte aéreo

· *REsp n. 257.298-SP (DJ 11/6/2001)*

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO REGRESSIVA. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE MERCADORIA. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INDENIZAÇÃO AMPLA. ORIENTAÇÃO DA TRIBUNAL. RECURSO PRÓVIDO.

– Nos casos de extravio de mercadoria ocorrido durante o transporte aéreo, há relação de consumo entre as partes, devendo a reparação, assim, ser integral, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, e não mais limitada pela legislação especial”.

· *REsp n. 156.240-SP (DJ 12/2/2001)*

“RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DA BAGAGEM. DANO MATERIAL. DANO MORAL.

- A indenização pelos danos material e moral decorrentes do extravio de bagagem em viagem aérea doméstica não está limitada à tarifa prevista no Código Brasileiro de Aeronáutica, revogado, nessa parte, pelo Código de Defesa do Consumidor”.

Atraso de voo em viagem internacional

· *REsp n. 235.678-SP (DJ 14/2/2000)*

“TRANSPORTE AÉREO. ATRASO. VIAGEM INTERNACIONAL. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. DANO MORAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

- O dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC”.

Serviço de entrega rápida

· *REsp n. 196.031-MG (DJ 11/6/2001)*

“DIREITO DO CONSUMIDOR. LEI Nº 8.078/90 E LEI Nº 7565/86. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DA PRIMEIRA. SERVIÇO DE ENTREGA RÁPIDA. ENTREGA NÃO EFETUADA NO PRAZO CONTRATADO. DANO MATERIAL. INDENIZAÇÃO NÃO TARIFADA.

I – Não prevalecem as disposições do Código Brasileiro de Aeronáutica que conflitem com o Código de Defesa do Consumidor.

II – As disposições do Código de Defesa do Consumidor incidem sobre a generalidade das relações de consumo, inclusive as integradas por empresas aéreas.

III – Quando o fornecedor faz constar de oferta ou mensagem publicitária a notável pontualidade e eficiência de seus serviços de entrega, assume os eventuais riscos de sua atividade, inclusive o chamado risco aéreo, com cuja conseqüência não deve arcar o consumidor”.

Fabricante de veículo automotor

· *REsp n. 195.659-SP (DJ 12/6/2000)*

“CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPRA DE VEÍCULO NOVO COM DEFEITO DE FÁBRICA. RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE.

1. Comprado veículo novo com defeito de fábrica, é responsabilidade do fabricante entregar outro do mesmo modelo, a teor do art. 18, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor”.

Fornecimento de água

· *REsp n. 263.229-SP (DJ 9/4/2001)*

“ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados.
2. A empresa utiliza o produto como consumidora final.
3. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, o Código de Defesa do Consumidor.
4. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.
5. Recurso provido”.

Fornecimento de energia elétrica

· *Ag/REsp n. 298.017-MG (DJ 27/8/2001)*

“ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ENERGIA ELÉTRICA. SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL. CORTE DE FORNECIMENTO. CONSUMIDOR INADIMPLENTE. IMPOSSIBILIDADE.

- Esta Corte vem reconhecendo ao consumidor o direito da utilização dos serviços públicos essenciais ao seu cotidiano, como o fornecimento de energia elétrica, em razão do princípio da continuidade (CDC, art. 22).

- O corte de energia, utilizado pela Companhia para obrigar o usuário ao pagamento de tarifa em atraso, extrapola os limites da legalidade, existindo outros meios para buscar o adimplemento do débito”.

Atualmente, depois de o Superior Tribunal de Justiça admitir a aplicação do CDC às operações bancárias e até mesmo às financeiras,⁶ a Suprema Corte está a debater a constitucionalidade ou não do Código de Defesa do Consumidor em relação à limitação dos juros bancários. É que a Constituição brasileira remete a regulação do sistema

⁶ Entre outros, o Ag/Ag n. 296.516-SP (DJ 5/2/2001).

financeiro nacional à lei complementar, abrindo espaço para a discussão sobre a pertinência de o conceito de serviço, expresso no art. 3º, § 2º, CDC, incluir as atividades “de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária”.

Outras situações, evidentemente, estão a exigir maior elaboração doutrinária e jurisprudencial, não só pela novidade do Direito do Consumidor nos ordenamentos normativos como também pela complexidade das relações econômicas na sociedade recente. A própria noção de consumidor enseja controvérsias ainda por descortinar: o art. 2º o define como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, equiparando a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”. No ponto, o Superior Tribunal de Justiça considerou inaplicável o CDC em alguns casos, como exemplifica o REsp n. 218.505-MG (DJ 14/2/2000), de cuja ementa se colhe:

“MÚTUO. REDUÇÃO DA MULTA CONTRATUAL DE 10% PARA 2%. INEXISTÊNCIA NO CASO DE RELAÇÃO DE CONSUMO.

- Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor”.

Entretanto, a qualificação de destinatário final nem sempre é suficiente para abranger todos os casos na cadeia das relações jurídico-econômicas. É o que se observa, por exemplo, na relação entre o taxista que adquire o automóvel para utilizá-lo em sua atividade lucrativa, como instrumento de trabalho, e o fabricante ou fornecedor. Em caso de defeito do produto, seria questionável a inclusão do comprador entre os consumidores, porquanto não propriamente destinatário final do veículo. De outro lado, existe a relação entre uma fábrica de automóveis e seus fornecedores de peças, ambos de porte econômico elevado. A diferença que se evidencia entre um caso e outro não se situa no destino final do produto, mas sim na disparidade econômica entre as partes na relação jurídica, ou, em outras palavras, a hipossuficiência ou a vulnerabilidade de um lado em relação ao outro.

Nesta seara, a jurisprudência reconheceu a incidência do CDC para o produtor rural que comprou adubo para sua atividade produtiva:

· REsp n. 208.793-MT (DJ 1º/8/2000)

“1. A expressão ‘destinatário final’, constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento”.

Trata-se de situações ainda sob meditação da doutrina e da jurisprudência, que não sedimentaram conclusões hábeis a responder à altura ao verdadeiro propósito de proteção do Direito do Consumidor ao economicamente mais vulnerável.

5. A desconsideração da personalidade jurídica

O Código de Defesa do Consumidor positivou a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, proclamando o seu art. 28 que poderá ser desconsiderada também “a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores” (§ 5º).

Neste ponto, o Superior Tribunal de Justiça, na sua condição de Corte Suprema do País como guardião do direito infraconstitucional, tem aplicado o dispositivo em vários de seus julgados, a exemplo dos REsp n. 252.759-SP (DJ 27/11/2000) e 63.652-SP (DJ 21/8/2000), das Turmas Especializadas em Direito Privado, com estas ementas:

“DOCTRINA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ART. 28 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES.

1. Não desqualificada a relação de consumo, possível a desconsideração da personalidade jurídica, provada nas instâncias ordinárias a existência de ato fraudulento e o desvio das finalidades da empresa, ainda mais quando presente a participação direta do sócio, em proveito próprio”.

“FALÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DUAS RAZÕES SOCIAIS, MAS UMA SÓ PESSOA JURÍDICA. QUEBRA DECRETADA DE AMBAS.

[...]

- O juiz pode julgar ineficaz a personificação societária, sempre que for usada com abuso de direito, para fraudar a lei ou prejudicar terceiros”.

6. As ações coletivas e a defesa do consumidor em juízo

O título III do Código do Consumidor ocupa-se de importante parte a respeito da proteção ao consumidor, ao dispor sobre a sua defesa em juízo.

Nesse título, a Lei nº 8.078/90 buscou abranger as atividades desenvolvidas pelo consumidor em juízo, na posição de autor, réu ou eventual beneficiário de ações coletivas ajuizadas por pessoas especialmente legitimadas.

As ações coletivas, que no Brasil ganharam excepcional relevo com a edição da Lei nº 7.347, de 24.7.1985, recebeu expressão ainda maior com o advento do Código do Consumidor.

Como assinali em outra oportunidade, protegendo interesses de consideráveis parcelas da comunidade que se viam frustradas na defesa de seus direitos, sem o devido

amparo legal, a Lei nº 7.347, de 24-7-1985, além de tornar realidade o princípio constitucional de acesso à tutela jurisdicional do Estado, representa significativa evolução no sentido da superação do modelo tradicional do processo civil, adequando-o à sociedade dos nossos dias, não mais de características individualistas, mas predominantemente de massa, voltada para o interesse coletivo.

Prevista originariamente, no projeto de 1984, para preservar o meio ambiente e bens ou valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos, a “ação civil pública”, ao ser instituída, se viu também destinada à defesa do consumidor, tendo, inadvertidamente, mantido o qualificativo “pública”, que, diga-se de passagem, não lhe assenta em rigor científico.

A “ação civil pública” constitui, além de inegável progresso jurídico, relevante instrumento político, na medida em que, preservando bens e valores caros a segmentos significativos da coletividade, protege, ampara e defende a própria sociedade.

Na esteira dessa Lei 7.347/85 surgiu, em sua parte processual, como ação coletiva, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), tendo o legislador, inteligentemente, ainda feito a interação desses dois diplomas, dispondo em ambos, que neles sejam aplicadas, no que couber, as normas do outro.

Destarte, tanto em uma como em outra dessas duas leis, na parte processual o foco se guiou para o acesso à Justiça.

Em se tratando do consumidor, no entanto, as normas processuais identificam-se nas ações individuais e nas coletivas.

Nas primeiras, o CDC contempla:

a) a possibilidade de fixação da competência pelo domicílio do consumidor autor nas ações de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços (art. 101, I);

b) a inadmissibilidade da denunciação da lide nas ações de regresso intentadas pelo fabricante, construtor, fornecedor, produtor, importador ou o comerciante que tenha pago o prejuízo ao consumidor prejudicado (art. 88);

c) a possibilidade de chamamento ao processo especificamente previsto para o segurador da responsabilidade (art. 101, II) e diverso do instituto já definido no Código de Processo Civil;

d) a reafirmação do direito constitucional subjetivo de ação ao estabelecer que, “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (art. 83);

e) a tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer (art. 84), mais de quatro anos antes de ser introduzida no Código de Processo Civil, permitindo que o juiz determine “providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”;

f) a ampliação da extensão subjetiva da coisa julgada nas ações coletivas, tornando-a *erga omnes* ou *ultra partes*, conforme se trate de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 103).

Além dessas, a inversão do ônus da prova, a implantação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo e a assistência

jurídica integral e gratuita para o consumidor carente vêm ao encontro do propósito maior que inspirou o Código, o *acesso à Justiça*.

No campo das ações coletivas, todavia, o Direito do Consumidor no Brasil arrimou-se em dois pilares: ao positivar as categorias de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e ao ampliar a legitimação ativa para a defesa dos consumidores em juízo.

O art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor assim dispõe:

“Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Exemplificando, no primeiro grupo estão os atingidos por propaganda enganosa e por produtos nocivos. No segundo, contribuintes ante um mesmo tributo, as associações de pais de alunos e os sindicatos. No terceiro grupo, os alcançados por um ato ilícito civil de mesma origem.

Os arts. 91 e segs., por sua vez, disciplinam as ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos.

Mais de uma década antes, em 1978, ao tratar da legitimação coletiva, já preconizavam MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH algumas soluções para efetivar-se o acesso à Justiça: além da assistência judiciária aos pobres, preocuparam-se com a representação dos interesses difusos, assim entendidos, na expressão desses ilustres mestres, “os interesses coletivos ou grupais”. A propósito, sobre a importância do tema para o processo civil, acentuaram:

“Centrando seu foco de preocupação especificamente nos interesses difusos, esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira ‘revolução’ está-se desenvolvendo dentro do processo civil. Vamos examiná-la brevemente, antes de descrever com mais detalhes as principais soluções que emergiram.

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos interesses difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um

segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares” (*Acesso à Justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 49-50).

Linhas após, acerca da ampliação da legitimação ativa para defender essa categoria dos interesses, expressaram aqueles doutrinadores:

“Em primeiro lugar, com relação à legitimação ativa, as reformas legislativas e importantes decisões dos tribunais estão cada vez mais permitindo que indivíduos ou grupos atuem em representação dos interesses difusos.

Em segundo lugar, a proteção de tais interesses tornou necessária uma transformação do papel do juiz e de conceitos básicos como a ‘citação’ e o ‘direito de ser ouvido’. Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um ‘representante adequado’ para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam ‘citados’ individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de ser ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da *coisa julgada*, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos.

[...]

A visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos ‘direitos públicos’ relativos a interesses difusos” (op. cit., pp. 50-51).

CAPPELLETTI, aliás, noutra oportunidade, em conferência pronunciada no Brasil, em Curitiba, em 18/11/1991, como a recordar FRANZ KLEIN, alertava para a dimensão social do processo, que devia voltar-se para a ótica dos usuários da prestação jurisdicional do Estado e não se prender apenas aos seus produtores e produtos e às normas (*Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*, Revista de Processo, São Paulo, 65/127).

Sem revolver aqui a evolução histórica dos interesses coletivos e difusos, é pertinente salientar, todavia, que sua inclusão entre os direitos fundamentais advieram dos movimentos sociais das décadas de 1950 e 1960, sobretudo nos Estados Unidos, onde as manifestações das mulheres, dos negros, dos ambientalistas e dos integrantes de parcelas excluídas da proteção estatal culminaram na edição do *Civil Rights Act*, em 1964, que, combatendo a segregação racial nas escolas, mais tarde propiciaram as políticas de ação afirmativa.⁷

⁷ Por todos, **Márcio Flávio Mafra Leal**, “Ações coletivas: história, teoria e prática”, Sérgio Antônio Fabris, 1998, cap. 7.

Desde então os direitos coletivos e difusos passaram a exigir meios de *concretização*, que necessariamente dependiam de políticas públicas e mudanças de comportamento das empresas privadas.

Um desses instrumentos de concretização foi a ampliação do rol de pessoas legitimadas para intentar as ações coletivas, como o Ministério Público, as entidades não-governamentais sem fins lucrativos e o indivíduo, isoladamente ou como cidadão, no caso da ação popular brasileira, ao lado das associações civis, das fundações e os sindicatos, que passaram igualmente a expandir seu poder de atuação conforme sua capacidade de organização na sociedade.

7. A inversão do ônus da prova

A par das transformações do Direito Privado, o Direito Público, em especial o processo civil, sofreu mudanças significativas, entre as quais se insere, além de uma nova visão do instituto da *res iudicata*, a inversão do ônus da prova, quer dizer, é direito básico do consumidor “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência” (art. 6º, VIII).

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, exemplificam os REsp n. 140.097-SP (DJ 11/9/2000), 81.101-PR (DJ 31/5/1999), 122.505-SP (DJ 24/8/1998) e 203.225-MG (j. em 2.4.2002):

· “A regra contida no art. 6º/VIII do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isonômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se. Hipótese em que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa”.

· “CIVIL E PROCESSUAL - CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU OBJETIVA) - INDENIZAÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

I - Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade.

II - Cabível a inversão do ônus da prova.

III - Recurso conhecido e provido”.

·“RESPONSABILIDADE CIVIL. CIRURGIÃO-DENTISTA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS.

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a “responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (art. 14, § 4º).

2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao “critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da “facilitação da defesa” dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não conhecido”.

·“Não há vício em acolher-se a inversão do ônus da prova por ocasião da decisão, quando já produzida a prova”.

É próprio ressaltar que o ônus da prova segue, no Brasil – e continua a seguir –, a regra geral de incumbir a quem alega o fato constitutivo do seu direito, como expressa o art. 333 do Código de Processo Civil de 1973. O Código de Defesa do Consumidor não derogou essa regra geral, porém flexibilizou sua aplicação ao permitir ao juiz inverter o ônus em duas situações: tratar-se de alegação semelhante à verdade, provavelmente verdadeira, e estar o consumidor em posição hipossuficiente na relação jurídica de consumo estabelecida em cada caso levado a exame do Judiciário. As duas premissas para a inversão do ônus da prova, como se vê no art. 6º, CDC, devem fundar-se na experiência comum, no senso de julgamento do magistrado.

8. A legitimação ativa nas ações coletivas

Afastando as limitações do art. 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, nas ações coletivas o legislador ordinário brasileiro inovou de forma louvável em se tratando de legitimação ativa, o que também ocorreu no texto constitucional, dando especial relevo ao Ministério Público, quer como *custos legis*, quer como parte legitimada, o que, ressalvados alguns excessos, tem contribuído em muito para a efetividade dos processos coletivos. Aliás, a missão institucional do Ministério Público tem se sobrelevado na solidificação da democracia, mediante a garantia dos instrumentos necessários e efetivos de cidadania. A respeito, a jurisprudência tem reconhecido o mérito da Instituição, como

se extrai, entre outros, do REsp n. 34.155-MG (DJ 11/1/1996), por mim relatado e assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MENSALIDADES ESCOLARES. MINISTÉRIO PÚBLICO. INTERESSE COLETIVO. LEGITIMAÇÃO ATIVA. DOCTRINA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

I - Sob o enfoque de uma interpretação teleológica, tem o Ministério Público, em sua destinação institucional, legitimidade ativa para a ação civil pública versando mensalidades escolares, uma vez caracterizados na espécie o interesse coletivo e a relevância social.

II - Na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania”.

Em várias outras hipóteses, o Ministério Público tem reconhecida legitimidade para atuar em defesa dos consumidores, como mostram estes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

Parcelamento do solo

· REsp 174.308-SP, DJ 25/2/2002

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LEI 7.347/85). INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMAÇÃO ATIVA AD CAUSAM DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

1. O Ministério Público tem legitimidade ativa ad causam para promover ação civil pública destinada à defesa dos interesses difusos e coletivos, incluindo aqueles decorrentes de projetos referentes ao parcelamento de solo urbano.

2. Precedentes jurisprudenciais”

Plano de saúde

· REsp 177.965-PR, DJ 23/8/1999

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. PLANO DE SAÚDE. REAJUSTE DA MENSALIDADE. UNIMED.

- O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com

a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de Plano de Saúde (UNIMED). Art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes. - Recurso conhecido e provido”.

Prêmio de seguro-saúde

· REsp 286.732-RJ, DJ 12/11/2001

“RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS DE SEGURO-SAÚDE. PRÊMIO. REAJUSTAMENTO DE VALORES. ATO ADMINISTRATIVO. DESCONFORMIDADE COM AS REGRAS PERTINENTES.

- Segundo as áreas de especialização estabelecidas em razão da matéria no Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça compete à Segunda Seção processar e julgar feitos relativos a direito privado em geral.

- O debate sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública em favor dos consumidores do serviço de saúde prejudicados pela majoração ilegal dos prêmios de seguro-saúde situa-se no campo do Direito Privado.

- É cabível ação civil pública para requerer a suspensão de cobrança a maior de prêmios de seguro-saúde. Em tal caso, o interesse a ser defendido não é de natureza individual, mas de todos os consumidores lesados que pactuaram com as empresas de seguro-saúde.

- O Ministério Público Estadual tem legitimidade para propor a ação porquanto se refere à defesa de interesses coletivos ou individuais homogêneos, em que se configura interesse social relevante, relacionados com o acesso à saúde”.

Contrato bancário por adesão

· REsp 175.645-RS, DJ 30/4/2001

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTRATOS DE ADESÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

- O Ministério Público possui legitimidade para promover ação civil pública tendo por objeto cláusulas de contratos bancários de adesão. Recurso não conhecido”.

Ingresso de idosos em estádio de futebol

· REsp 242.643-SC, DJ 18/12/2000

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INGRESSO GRATUITO DE APOSENTADOS EM ESTÁDIO DE FUTEBOL. LAZER.

- O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública em defesa de interesse coletivo dos aposentados que tiveram assegurado por lei estadual o ingresso em estádio de futebol. O lazer do idoso tem relevância social, e o interesse que dele decorre à categoria dos aposentados pode ser defendido em juízo pelo Ministério Público, na ação civil pública.

- Recurso conhecido e provido”.

Compra e venda de imóvel por adesão

· *REsp 141491- SC*

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. CUMULAÇÃO DE DEMANDAS. NULIDADE DE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO DE COMPRA-E-VENDA DE IMÓVEIS. JUROS. INDENIZAÇÃO DOS CONSUMIDORES QUE JÁ ADERIRAM AOS REFERIDOS CONTRATOS. OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER DA CONSTRUTORA. PROIBIÇÃO DE FAZER CONSTAR NOS CONTRATOS FUTUROS. DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

I - O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, em cumulação de demandas, visando: a) a nulidade de cláusula contratual (juros mensais); b) a indenização pelos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; c) a obrigação de não mais inseri-la nos contratos futuros, quando presente como de interesse social relevante a aquisição, por grupo de adquirentes, da casa própria que ostentam a condição das chamadas classes média e média baixa.

II - Como já assinalado anteriormente (REsp. 34.155-MG), na sociedade contemporânea, marcadamente de massa, e sob os influxos de uma nova atmosfera cultural, o processo civil, vinculado estreitamente aos princípios constitucionais e dando-lhes efetividade, encontra no Ministério Público uma instituição de extraordinário valor na defesa da cidadania.

III - Direitos (ou interesses) difusos e coletivos se caracterizam como direitos transindividuais, de natureza indivisível. Os primeiros dizem respeito a pessoas indeterminadas que se encontram ligadas por circunstâncias de fato; os segundos, a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica.

IV - Direitos individuais homogêneos são aqueles que têm a mesma origem no tocante aos fatos geradores de tais direitos, origem idêntica essa que recomenda a defesa de todos a um só tempo.

V - Embargos acolhidos”.

Interesses individuais homogêneos

· *REsp 168.859-RJ, DJ 23/8/1999*

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO COLETIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. CLÁUSULAS ABUSIVAS.

- O Ministério Público tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição.

- Nulidade de cláusulas constantes de contratos de adesão sobre correção monetária de prestações para a aquisição de imóveis, que seriam contrárias à legislação em vigor. Art. 81, parágrafo único III e art. 82, I, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Precedentes.

- Recurso conhecido e provido”.

Segurados INSS

· *REsp 211.019-SP, DJ 8/5/2000*

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. INTERESSE PÚBLICO. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

- O Ministério Público possui legitimidade para propor ação coletiva visando proteger o interesse, de todos os segurados que recebiam benefício de prestação continuada do INSS, pertinente ao pagamento dos benefícios sem a devida atualização, o que estaria causando prejuízo grave a todos os beneficiários.

- Sobre as atribuições dos integrantes do Ministério Público, cumpre asseverar que a norma legal abrange toda a amplitude de seus conceitos e interpretá-la com restrições seria contrariar os princípios institucionais que regem esse órgão.

- Recurso provido”.

Salário mínimo de servidor municipal

· *REsp 95.347-SE, DJ 1º/2/1999*

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. RECURSO ESPECIAL.

1. Há certos direitos e interesses individuais homogêneos que, quando visualizados em seu conjunto, de forma coletiva e impessoal, passam a representar mais que a soma

de interesses dos respectivos titulares, mas verdadeiros interesses sociais, sendo cabível sua proteção pela ação civil pública.

2. É o Ministério Público ente legitimado a postular, via ação civil pública, a proteção do direito ao salário-mínimo dos servidores municipais, tendo em vista sua relevância social, o número de pessoas que envolvem a economia processual.

3. Recurso conhecido e provido”.

Nulidade de concurso público

· *REsp 180.350-SP, DJ 9/11/1998*

“PROCESSUAL. LEGITIMIDADE. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONCURSO PÚBLICO.

- O Ministério Público é legitimado a propor ação civil pública, visando à decretação de nulidade de concurso público que afrontou os princípios de acessibilidade, legalidade e moralidade.

- Trata-se de interesses transindividuais de categoria ou classe de pessoa e de direitos indivisíveis e indisponíveis, de toda coletividade.

- Recurso improvido”.

Em outros casos, contudo, a Corte não admitiu a legitimidade ativa do Ministério Público para defender interesse dos consumidores, porquanto não configurado, no seu entendimento, o interesse difuso ou coletivo. É o que se vê nestes dois julgamentos, relativos à cobrança de tributos e à aposentadoria e pensão de servidores públicos:

Cobrança de tributo

· *REsp 175.888-PR, DJ 3/5/1999*

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI E DEFENDER DIREITOS DIVISÍVEIS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FIGURAR NO PÓLO ATIVO. EXTINÇÃO DO PROCESSO.

- O Ministério Público só tem legitimidade para figurar no pólo ativo de ação civil pública, quando na defesa de interesse difuso ou coletivo, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, incisos I e II da Lei 8.078) de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

- O pedido de suspensão de pagamento de tributo e a respectiva repetição de indébito não se insere na categoria de interesses difusos ou coletivos, porquanto, são

divisíveis e individualizáveis. Interesse coletivo, na dicção da lei, não se confunde com interesse público ou da coletividade, pois, aquele, (interesse público) não entende como sendo uma simples realidade quantitativa, dependente do número de indivíduos que o partilham. O pedido de sustação de pagamento de tributo, cumulado com repetição de indébito, não tem conteúdo de interesse público, a ser protegido pela ação civil pública, que não pode substituir a de repetição de indébito, pois, se cuida de direito individual, determinado, quantificado, eis que, cada contribuinte efetua pagamento de quantia certa, em período considerado. Os contribuintes não são consumidores, não havendo como se vislumbrar sua equiparação aos portadores de direitos difusos ou coletivos (Lei nº 7.347, art. 1º, IV).

- Em se tratando, *in casu*, de direitos individuais homogêneos, identificáveis e divisíveis, titularidades e quantificáveis, devem ser postulados, na esfera jurisdicional, pelos seus próprios titulares, já que, na sistemática do nosso direito, salvo exceção legal, ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio.

Recurso improvido. Decisão unânime”.

Aposentadoria e pensão de servidor

· REsp 143.215-PB, DJ 7/12/1998

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSES INDIVIDUAIS DISPONÍVEIS. ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

- O Ministério Público Federal não possui legitimidade para propor ação civil pública visando à manutenção de aposentadorias e pensões de servidores públicos da Universidade Federal da Paraíba. Tratando-se de direitos individuais disponíveis, os titulares podem deles dispor. Inexistência de violação à Lei Complementar nº 75/93 e à Lei nº 7.347/85.

- Recurso especial desprovido”.

Além do *Parquet*, as associações de defesa dos consumidores vêm tendo reconhecida legitimidade para atuar ativamente nas ações coletivas, uma vez presente o interesse difuso e coletivo. A propósito, ilustram os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

· REsp 157.713-RS, DJ 21/08/2000

“AÇÃO COLETIVA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. ASSOCIAÇÕES. LEGITIMIDADE

- As associações a que se refere o artigo 82, IV do Código de Defesa do Consumidor têm legitimidade para pleitear em juízo em favor de quantos se encontrem na situação alcançada por seus fins institucionais, ainda que não sejam seus associados”.

Empréstimo compulsório sobre combustíveis

· REsp n. 294.021-PR (DJ 2/4/2001)

“6. A Lei da Ação Civil Pública foi alterada pelo Código de Defesa do Consumidor, restando possibilitado o ajuizamento de ações civis públicas para a defesa também dos chamados “interesses individuais homogêneos”, entre os quais se situam os do caso em comento: consumidores de combustíveis (gasolina e álcool) que passaram a pagar, embutido no preço do bem consumido, a exação prevista no Decreto-Lei nº 2.288, de 1986, denominada “empréstimo compulsório sobre o consumo de combustíveis”.

7. O argumento de que a extensão de eficácia *erga omnes* somente é cabível nas hipóteses previstas originalmente na Lei nº 7.347/85 cai por terra diante da autorização expressa para interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor (art. 21 da, Lei nº 7.347/85, com a redação que lhe foi dada pelo art. 117, da Lei nº 8.078/90). Assim, afasta-se a alegação de incompetência do Juízo da 4ª Vara Federal de Curitiba para a concessão de amplitude territorial à sentença, porquanto tal amplitude está prevista no ordenamento jurídico nos arts. 16, da Lei nº 7.347/85, e 103, da Lei nº 8.078/90, e é efeito da sentença em ação deste gênero.

8. A Lei nº 7.347/85, em seu art. 5º, autoriza a propositura de ações civis públicas por associações que incluam entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

9. A Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - APADECO - possui, no art. 2º do seu Estatuto Social, as seguintes finalidades: “art. 2º - A Associação Paranaense de Defesa do Consumidor - APADECO - tem por finalidade essencial promover a defesa do consumidor, de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor (CODECON) e legislação correlata, como também dos contribuintes e a quaisquer outras pessoas, relativamente aos danos causados ao meio ambiente e qualquer outro interesse difuso ou coletivo, na forma da Lei de Ação Civil Pública e legislação vigente”.

10. O direito em questão é individual, embora homogêneo. São interesses metaindividuais, não são interesses públicos, nem privados: são interesses sociais. E, os interesses individuais, coletivamente tratados, adquirem relevância social, que impõem a sua proteção pela via especial”.

Planos de saúde

· REsp 72.994-SP DJ 17/9/2001

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ENTIDADES DE SAÚDE. AUMENTO DAS PRESTAÇÕES. LEGITIMIDADE ATIVA.

1. O Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa dos consumidores de planos de saúde.

2. Antes mesmo do Código de Defesa do Consumidor, o país sempre buscou instrumentos de defesa coletiva dos direitos, ganhando força seja com a Lei nº 7.347/87 seja alcançando dimensão especial com a disciplina constitucional de 1988. Sedimentados os conceitos centrais, não há razão que afaste o presente feito do caminho da ação civil pública. O instituto autor é entidade regularmente constituída e tem legitimidade ativa para ajuizar a ação civil pública de responsabilidade por danos patrimoniais causados ao consumidor.

3. Recurso especial conhecido e provido”.

Consumidores excluídos de consórcio

· *REsp 222.569-SP DJ 27/8/2001*

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONSÓRCIO. ASSOCIAÇÃO. LEGITIMIDADE DE PARTE ATIVA.

- A associação, que tem por finalidade a defesa do consumidor, pode propor ação coletiva em favor dos participantes, desistentes ou excluídos, de consórcio, visto cuidar-se aí de interesses individuais homogêneos”.

· *REsp 132.724-RS, DJ 19/2/2001*

“PROCESSO CIVIL. LEGITIMIDADE AD CAUSAM.

- Ação coletiva proposta por uma associação em defesa de direito individual homogêneo de consorciados desistentes para obter a devolução atualizada das prestações pagas; sentença de procedência que alcança todos os ex-participantes do consórcio. Recurso especial conhecido e provido”.

· *RESP 132063 /RS, DJ 6/4/1998*

“CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO COLETIVA. LEGITIMIDADE ‘AD CAUSAM’. ASSOCIAÇÃO. CONSORCIO.

- A associação que tem por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor dos participantes desistentes de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica dos interesses de consorciados. Art. 82, IV do CDC.

Recurso conhecido e provido”.

Entidade representativa de classe (farmacêuticos)

· REsp 119.122-SP, DJ 16/8/1999

“Têm as entidades representativas de classe legitimidade ativa para defender direitos e interesses de seus associados, independentemente de autorização destes.

A associação de farmacêuticos tem legitimidade para impugnar interpretação de preceito contido no Dec. 793/93 que, embora dirigido às drogarias, atinge também as farmácias”.

Condomínio em benefício dos condôminos

· REsp 66.565-MG, DJ 24/11/1997

“DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONDOMINIO. DEFEITOS DE CONSTRUÇÃO. AREA COMUM. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERESSES DOS CONDOMINIOS. IRRELEVANCIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. ENUNCIADO N. 194 DA SUMULA/STJ. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. SOLIDEZ E SEGURANÇA DO PREDIO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. LEIS 4.591/64 E 8.078/90 (CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR). PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO.

I- O condomínio tem legitimidade ativa para pleitear reparação de danos por defeitos de construção ocorridos na área comum do edifício, bem como na área individual de cada unidade habitacional, podendo defender tanto os interesses coletivos quanto individuais homogêneos dos moradores”.

9. Conclusão

Ao focalizar o sistema jurídico brasileiro de defesa do consumidor, buscamos, antes de qualquer outra preocupação, dar as suas diretrizes gerais, a partir do texto constitucional, que lhe deu guarida, a começar por determinar a elaboração de um Código, que, por sua vez, adotou regras de direito material e de direito processual, em ambas as vertentes revolucionando o direito brasileiro.

Quanto às primeiras, ao encontrar vigente no País uma legislação de direito privado ultrapassada, deu a este um novo vigor, chegando mesmo a influenciar na elaboração final do novo Código Civil já aprovado e sancionado, para tanto encontrando a atuação arejada, fecunda e de vanguarda da jurisprudência de ponta, na qual tem tido especial relevo o Superior Tribunal de Justiça, a Corte maior do País na interpretação e aplicação do direito federal infraconstitucional.

Quanto às normas processuais, sua influência se faz sentir sobretudo em termos de coisa julgada, de inversão do ônus da prova e legitimação *ad causam*, sendo significativa a sua contribuição ao princípio do acesso à tutela jurisdicional, uma das preocupações maiores do processo civil contemporâneo e um dos seus princípios mais nobres.

A Joint Venture Internacional e sua Aprovação consoante a Lei Antitruste Brasileira

Thiago V. Flores

I) Introdução - 1 ; II) As Joint Ventures Internacionais - 3; A) Origem e conceituação do mecanismo - 3; B) Os elementos caracterizadores das Joint Ventures no caso concreto - 6; C) A taxionomia dessa espécie particular de relação jurídica - 7; D) Vantagens e motivações que induzem à utilização das joint ventures internacionais - 10; III) O procedimento de notificação e aprovação das Joint Ventures Internacionais contido na Lei Antitruste Brasileira - 12; A) Os prazos do procedimento de notificação - 15; B) O CADE: natureza e discricionariiedade - 16; C) Submissão voluntária da joint venture internacional ao controle prévio do CADE - 20; D) Notificação obrigatória da joint venture internacional - 23; E) Aprovação das joint ventures internacionais que prejudicam a concorrência ou resultam em domínio de mercado relevante - 26; F) O caminho adotado pelo CADE na tomada de suas decisões e a definição de mercado relevante - 29; G) Revisão e efeitos jurídicos das decisões tomadas pelo CADE - 31; IV) A defesa dos consumidores e a Lei n. 8.884/94 - 32; V) Conclusão - 36.

I – Introdução

O atual desenvolvimento do comércio internacional demanda aos agentes econômicos, cada vez mais, a busca por maiores recursos técnicos, contribuições financeiras maiores, equipamentos mais sofisticados, que, normalmente, uma empresa não está em capacidade de obtê-los ou provê-los por si mesma, razão pela qual necessita da participação de outra entidade que colabore em determinada atividade econômica específica através do aporte de recursos financeiros, do conhecimento tecnológico, de equipamentos ou pesquisa, de maneira tal que, conjuntamente, podem levar a cabo o desenvolvimento dessa atividade e, assim, suportar a concorrência acirrada do mercado internacional¹.

10. As questões levantadas no decorrer to presente trabalho e nas conclusões 6,

Nesse contexto de necessária preparação tanto econômico-financeira, como tecnológica e administrativa, surge uma nova forma ou método de cooperação entre empresas, de um mesmo país ou de países diferentes, com vista à realização de um projeto específico, uma aventura comum, independente de qual seja a forma jurídica adotada².

Trata-se da *joint venture*³, expressão sem equivalência em nosso idioma, consistente, portanto, em modelo estratégico de parceria empresarial que tem sido amplamente utilizado no cenário econômico internacional não só como pressuposto de sobrevivência e ampliação de mercados frente à evolução do comércio internacional, mas também como incremento para o desenvolvimento tecnológico da empresa participante, bem como do país de sua atuação⁴.

A *joint venture* internacional⁵, cuja formação no âmbito da legislação antitruste brasileira é o objeto do presente trabalho, não só o é, como será um dos instrumentos contratuais mais utilizados no novo mercado global que surge e se apresenta como característica do século XXI, mormente em função de sua flexibilidade e capacidade de adaptação às mais diversas atividades econômicas⁶. Vários são os benefícios alcançados pelas empresas que se utilizam deste método de cooperação empresarial, dentre os quais destacam-se a divisão dos riscos inerentes ao negócio no qual estão engajadas, a assimilação da mais moderna tecnologia e técnicas administrativas, a inserção em novos mercados, e principalmente a preparação e fortalecimento para enfrentar o mercado altamente competitivo⁷.

No entanto, em que pese as evidentes vantagens alcançadas com a opção pela forma associativa *in focu*, tanto para as empresas como para o país hospedeiro da *joint venture*, no momento de sua formação devem ser observadas as implicações desta

7, 8 e 9, referentes ao procedimento de notificação estabelecido no artigo 54 da Lei n. 8.884/94, tornaram-se prioridades no campo da política concorrencial e reforma regulatória, de tal forma que provavelmente serão objeto de consideração na criação de nova legislação em futuro próximo.

11. A Lei Antitruste brasileira tem como objetivo, dentre outros, disponibilizar à Administração Pública um instrumento com o qual possa orientar ou manipular as decisões dos grandes grupos de empresas que controlam a atividade econômica, para fins de se fazer implementar o desenvolvimento possível e almejado da política econômica. Tem como escopo, ademais, a proteção da livre concorrência e a defesa dos consumidores. A exemplo da orientação européia, resta estreme de dúvidas, pela análise do texto constitucional, que a concorrência é tida, no Brasil, como instrumento para alcance de um bem maior consistente no “assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social.” (artigo 170 da Constituição Federal)

¹ HART, José León Barandiarán. *El Contrato de Joint Venture. Contratos y Empresa*. Lima-Peru: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, 1988. p. 31.

parceria sob a égide concorrencial da Lei Antitruste brasileira⁸ - Lei Federal n.º 8.884/94, publicada no D.O.U. de 13.06.94. É extremamente necessário fiscalizar a constituição ou formação das *joint ventures* internacionais no país, como forma de reprimir ou evitar que, por meio da concentração de empresas, se atente contra a ordem econômica nacional. Cabe ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) exercer o controle prévio sobre as *joint ventures* internacionais, no momento de suas formações, através da análise dos seus efeitos econômicos e de mercado.

Com efeito, a Lei n.º 8.884/94 dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, estando fulcrada nos mandamentos constitucionais contidos nos artigos 173, § 4º, e 174, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁹, que, sinteticamente, estabelecem o exercício da função fiscalizadora do Estado com vista à repressão do abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Ademais, procura-se, por meio da referida função fiscalizadora, preservar os interesses maiores dos consumidores, cuja proteção é consagrada constitucionalmente¹⁰ e objetivada pela lei de proteção à concorrência.

A Lei Antitruste brasileira foi criada na chamada era moderna de política concorrencial no Brasil, momento em que o processo de privatização estava por desabrochar. Ainda que relativamente nova, a lei em questão possui um número bastante considerável de problemas conceituais e substantivos, de forma que provavelmente será objeto de alterações por meio de um novo texto sob revisão e análise do Congresso Nacional.

A importância do tema está justamente em ressaltar a necessidade de aplicação prudente das leis que visam coibir a concorrência desleal, através da análise cautelosa e discernida por parte de quem as aplicam, com vistas a evitar resultados indesejáveis à economia nacional e aos consumidores. Ademais, presta-se a alertar aos agentes econômicos e respectivos advogados sobre a necessidade de submeter-se a maioria das *joint ventures*¹¹ (artigo 54 da Lei n.º 8.884/94), independentemente de sua magnitude, ao crivo prévio da autoridade antitruste, sob pena de se incorrer em multa ou processo administrativo (artigo 54, § 5º, da Lei n.º 8.884/94) que lhes sejam prejudiciais e que ponham em risco toda a negociação já efetivada com o parceiro estrangeiro¹². Por fim,

⁸ BASSO, Maristela. *Joint Ventures – Manual prático das associações empresariais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 41-42.

⁹ Sobre as *joint ventures*, indica-se a leitura das seguintes obras: LE PERA, Sergio. *Joint Venture y sociedad*: acuerdos de coparticipación empresarial. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984; CORNO, Fabio. *Joint Venture*. Versione italiana de Kathryn Rudie Harrigan. Padova: CEDAM, 1988; ASTOLFI, Andrea. El contrato internacional de joint venture. *Cuadernos de la Revista del Derecho Internacional y de las Obligaciones*, Buenos Aires, 1983; BAPTISTA, Luiz Olavo. A joint venture: uma perspectiva comparatista. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 42, abr./jun. 1983; BASSO, Maristela. *Joint Ventures*: manual prático das Associações Empresariais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998; GAMBARO, Carlos Maria. O contrato internacional de joint venture. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n.146, 2000; SIERRALTA RIOS, Aníbal. *Joint Venture Internacional*. Buenos Aires. 1996.

o assunto adquire maior relevância quando levado em consideração o impacto econômico proporcionado pelo aumento do investimento direto estrangeiro verificado nos anos noventa, por intermédio das *joint ventures* internacionais.

Como forma de atingir os objetivos anteriormente referidos, o presente trabalho será dividido em duas partes: a primeira, na qual se fará uma análise superficial das origens e conceituação dos *joint ventures*, bem assim suas características, taxionomia e vantagens; e a segunda, aonde se criticará e fará uma análise exegética dos dispositivos da legislação antitruste vigente, bem como se verificará os passos tomados pelos agentes econômicos e conselheiros do CADE no processo de formação e autorização das *joint ventures* internacionais.

II – As *Joint Ventures* Internacionais

A - Origem e conceituação do mecanismo

Muito se tem tentado estabelecer um conceito preciso¹³, definitivo ou absoluto do que seja uma *joint venture internacional*, mormente tendo em vista à margem de imprecisão inerente às peculiaridades das relações econômicas internacionais¹⁴.

Em realidade, juridicamente, inexistente definição legal exata que delimite a expressão *joint venture*. Nascida para resolver questões de ordem prática, a *joint venture* não possui um conceito definitivo e absoluto¹⁵. Ao contrário, seu conceito é amplamente genérico e ingratamente lato e impreciso¹⁶. Doutrinariamente ou jurisprudencialmente predomina a imprecisão terminológica, o que torna esse instituto um conceito ‘fluido’¹⁷. A expressão é utilizada para designar qualquer tipo de estratégia empresarial, desde simples contrato de colaboração até união total de sociedades em uma só empresa.

Em que pese não se possa negar a problemática da conceituação deste instituto que, diga-se de passagem, é estranho ao ordenamento jurídico da grande maioria dos países, “o melhor é não correr o risco de congelar essa figura em um ou outro instituto conhecido de direito interno (nacional), e considerar que as *joint ventures* são

⁴ LUPATELLI JR., Alfredo; e MARTINS, Eliane Maria Octaviano. *Joint Venture* – Aspectos legais e estratégicos. *Revista de Derecho del Mercosur*. Buenos Aires – Argentina: La Ley, v. 3, n. 2, 1999. p. 194.

⁵ As obras indicadas na nota n.º 3 dedicam grande parte de seus textos ao estudo das *joint ventures* internacionais.

⁶ GAMBARO, Carlos María. O Contrato Internacional de *Joint Venture*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, n. 146, 2000. p. 62.

⁷ LE PERA, Sergio. *Joint Venture y Sociedad*. Buenos Aires – Argentina: Editorial Astrea, 1984. p. 88.

⁸ LUPATELLI JR, Alfredo; e MARTINS, Eliane Maria Octaviano. Defesa da concorrência e *joint ventures* no Brasil. *Revista de Derecho del Mercosur*. Buenos Aires – Argentina: La Ley, v. 3, n. 4, 1999. p.180.

mecanismos de cooperação entre empresas, que não tem forma específica, tendo em vista sua origem e seu caráter contratual...¹⁸”

Em linhas gerais, sobre sua concepção é lícito afirmar que a *joint venture* “mas que una integración empresarial debe ser visto como un acto de colaboración, podría hablarse de una “*affectio cooperationis*”, como lo hace la profesora canadiense Nicole Lacasse, pues se trata de la realización de una obra común.¹⁹” Ou, consoante entendimento de Irineu Strenger²⁰, encontra-se na *joint venture* uma fórmula contratual que consente na instauração de relação de colaboração ocasional sem determinação obrigatória de um esquema societário. Essa última característica apontada pelo conceituado autor diz com a existência de duas espécies formais de *joint ventures*: uma, com constituição de uma empresa independente (*joint venture societária*); e outra, apenas contratual (*joint venture contratual*), daí porque “sem determinação obrigatória de um esquema societário”. Sobre a taxionomia das *joint ventures* discorrer-se-á no decorrer do presente estudo.

Juridicamente, a primeira aparição da expressão *joint venture* ocorreu no início do século XIX, mais precisamente em dois julgados norte-americanos datados de 1808²¹.

No entanto, é compartilhada pela doutrina a opinião de que a “*joint venture*”, tal como hoje é concebida, é originária dos Estados Unidos, tendo surgido na segunda metade do século XIX²², onde se desenvolveu e espalhou-se pelo mundo ocidental, impulsionada pela crescente expansão dos interesses norte-americanos na esfera internacional²³. Para Luiz Olavo Baptista e Aníbal Sierralta Rios²⁴ a *joint venture* originou-se através de “uma mescla da criação civilista e do interesse prático e consuetudinário da *common law*.”

Consoante os ensinamentos de Sergio Le Pera²⁵ “*el joint venture*, como específica noción jurídica, es justamente una creación de la jurisprudencia moderna destinada a

⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência – Comentários à Lei Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 52.

¹⁰ Artigo 170, inciso V, da Constituição Federal de 1988.

¹¹ Em relação aos atos cuja eficácia está sujeita à aprovação pelo CADE, Fábio Ulhoa Coelho sustenta que os agentes econômicos ao realizá-lo devem analisar concretamente os efeitos jurídicos potenciais e efetivos da transação. COELHO, Fábio Ulhoa. **Direito Antitruste Brasileiro – Comentários à Lei n. 8.884/94**. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 125.

¹² Cf. POPP, Carlyle; e ABDALA, Edson Vieira. **Comentários à nova Lei Antitruste**. Curitiba: Juruá Editora, 1994. p. 129.

¹³ ALFREDO LUPATELLI JR. e ELIANE MARTINS assinalam que, não obstante a imprecisão terminológica da *joint venture*, a tipologia aberta da forma em que se encontra atualmente “oferece um maior grau de liberdade à evolução dos negócios, acompanhando dessa forma o dinamismo das relações econômicas”. *Joint Venture: aspectos legais estratégicos*. **Revista de Derecho del Mercosur**, Buenos Aires, v.3, n.2, 1999. p. 196.

¹⁴ BASSO, 1998. p. 45.

¹⁵ ASTOLFI, Andrea. El contrato internacional de *joint venture*. **Cuadernos de la Revista del Derecho Internacional y de las Obligaciones**, Buenos Aires, 1983. p. 2.¹⁶ Nesse sentido manifesta-se LOBO, C. A. da Silveira. *As Joint Ventures*. **Revista de Direito Renovar**. Rio de Janeiro, v.1, 1995. p. 80.

eludir la prohibición según la cual una sociedad por acciones (*corporation*) no podía formar parte de una sociedad que no fuese por acciones (*partnership*)²⁶.

Mais recentemente, dentro da Comunidade Européia operou-se o desenvolvimento de uma espécie de *joint venture*, calcada no *Groupement d'Interêt Economique*²⁷, previsto na lei francesa n.º 821, de 23.09.1967. Foi, inclusive, preparado pela Comunidade Européia um projeto de lei uniforme, já adotado por alguns países, com o objetivo de disciplinar os “Agrupamentos de Interesses Econômicos Europeus”, cuja a finalidade precípua é facilitar e encorajar a associação e cooperação empresarial transnacional, intrabloco²⁸.

De outro lado, não podemos, infelizmente, dizer que o mesmo ocorre no Mercosul. Estamos distante da realidade européia, na qual as instituições supranacionais determinam os caminhos do bloco, estabelecendo diretrizes e fiscalizando comportamentos²⁹. Não obstante isso, é válido afirmar que começou a surgir no Mercosul o entendimento de que o isolacionismo não é benéfico, principalmente em função da internacionalização comercial e interdependência econômica crescente entre os países da sociedade internacional. O interesse econômico crescente produziu, e ainda produz, nos futuros parceiros, uma atração pelo investimento em locais com vantagens de ordem econômica e culturais.

A mola propulsora das alianças empresarias no Mercosul consiste nos acordos setoriais. Esses, por sua vez, foram regulamentados pela Decisão n.º 03 do Conselho do Mercado Comum³⁰ publicada em 17/12/91, baseada no artigo 5º, letra “d”, do Tratado de Assunção, sobre Termos de Referência para Acordos Setoriais. O artigo 1º da decisão supracitada, aponta como sua finalidade fundamental o favorecimento da integração entre os setores, promoção da racionalização e a complementação entre mercados e associações, com o objetivo primordial de propiciar a competição de modo eficiente

¹⁷LUPATELLI JÚNIOR., MARTINS, 1999. p. 195.

¹⁸BASSO, 1998. p. 45.

¹⁹HART, 1988. p. 37. Da mesma opinião comunga Maristela Basso para quem a “*joint venture corresponde a uma forma ou método de cooperação entre empresas independentes, denominadas em outros países de sociedade de sociedades, filial comum, associação de empresas, etc.*”. BASSO, 1998. p. 41.

²⁰STRENGER, Irineu. **Contratos Internacionais do Comércio. 3.ed.** São Paulo: Ltr, 1998. p. 399.

²¹Jurisprudência norte-americana: “Hourquebi v. Girard”, 2 Whas., c.c. 212 (C.C. Pa); e “Lyles v. Styles”, 2 Whas., c.c. 224 (C.C. pa. 1808).

²²LOBO, 1995. p. 78; e GAMBARO, 2000. p. 64.

²³Para maior aprofundamento sobre as origens e evolução das *joint ventures* nos Estados Unidos e Reino Unido, vide CORNO, Fabio. **Joint Venture**. Versione italiana de Kathryn Rudie Harrigan. Padova: CEDAM, 1988. p. 9-11.

²⁴RIOS, Aníbal Sierralta; e BAPTISTA, Luiz Olavo. **Aspectos jurídicos del comercio internacional**. Lima: Fondo Editorial, 1992. p. 185.

²⁵LE PERA, 1984. p. 25.

²⁶No mesmo sentido discorre Maristela Basso que, referindo-se à *Joint Venture* afirma que “surgiu nos Estados Unidos para ludibriar a proibição de que uma sociedade anônima fosse sócia de uma sociedade de outro tipo, de responsabilidade limitada ou ilimitada”. BASSO, 1998. p. 41-42.

²⁷Para maior aprofundamento no estudo do *Groupement d'Interêt Economique*, recomenda-se a leitura de: MEIRELLES, Isabel. **Os novos institutos societários de Direito Comunitário: O Agrupamento Europeu de Interesse Econômico, a Sociedade Européia**. Porto: Elcla, 1992.

no Mercosul, bem como em outros mercados. Atribui-se, ante o exposto, a Decisão n.º 03/1991 o caráter inovador no incentivo para o aparecimento de um número cada vez maior de empresas que queiram se associar com outras³¹. Nessa perspectiva, começaram a aparecer novos meios de realizar a integração ou concentração das empresas para atender a necessidade crescente de expansão e de união empresarial, dentre os quais destaca-se a *joint venture*, figura jurídica que engloba as alianças estratégicas tais como o consórcio, a fusão, a aquisição, entre outras.

B - Os elementos caracterizadores da existência das *Joint Ventures* no caso concreto

Em face da problemática consistente na inexistência de um conceito definitivo, claro e absoluto do que entendia-se por *joint venture*, os tribunais e doutrinadores norte-americanos resolveram defini-la partindo da análise dos casos concretos, nos quais procuravam identificar os elementos tidos como caracterizadores daquele instituto.

Os elementos apontados pela jurisprudência e doutrina anglo-saxã, e que caracterizam uma *joint venture*, foram apontados por Luiz Olavo Baptista³² em festejado estudo, figurando entre eles: “a) a reunião dos participantes em uma empresa – ou uma comunidade de interesses divididos entre os participantes em um ou mais projetos; b) um motivo, quase sempre o lucro, que leva os participantes a participarem da empresa; c) um acordo para a gestão da *joint venture* que disciplina o exercício dos controles; d) esse acordo deve ter os elementos de um contrato; e) a motivação e o interesse das partes em relação à empresa devem ser claros; assim como, f) a forma de distribuição dos lucros se a empresa visa o lucro para si e não para outras empresas.”

Importante lição sobre as características das *joint ventures* é formulada por Sergio Le Pera³³, uma das maiores autoridades latino-americanas neste assunto. Em notável estudo sobre cooperação empresarial, o autor propõe as características básicas e gerais das *joint ventures*, a saber: “el carácter ‘ad hoc’; contribuciones y ‘comunidad de intereses’; búsqueda de utilidad común; contribución a las pérdidas; recíproca facultad para representar y obligar al otro (“mutual agency”); control conjunto de la empresa”. Sobre algumas delas, já que certas características falam por si só, a seguir, serão tecidos alguns comentários para melhor entender-se sua operacionalidade, sempre tendo como parâmetro os ensinamentos lançados pelo referido autor, bem como utilizados os casos por ele citados.

²⁸ Acerca da utilização das *joint ventures* na Comunidade Européia discorrem LAMY FILHO, Alfredo; e PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S.A.** Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 98.

²⁹ GAMBARO, 2000. p. 86. Sobre a supranacionalidade de instituições da Comunidade Européia aconselha-se a leitura de: JIMENEZ, Martha Lucía Olivar. *La comprensión del concepto de Derecho Comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur*. **Revista de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas**. São Paulo, v. 10, n. 16, p. 103-148, 1996; CAMINHA, Maria do Carmo. A

Quanto ao seu caráter *ad hoc*, enfatiza Le Pera que é da natureza da *joint venture* sua limitação a uma aventura particular, ou seja, a um projeto único e específico. Isso, contudo, não implica, necessariamente, duração curta ou execução imediata³⁴.

No que tange às contribuições e “comunidade de interesses” entre os participantes do empreendimento específico, o autor assevera que a investigação final sobre a existência ou não de *joint venture* deve dirigir-se à verificação de que as partes tenham unidos seus bens, interesses, habilidades e riscos, de tal maneira que suas respectivas contribuições estejam unificadas com vista aos fins da aventura particular, bem como as contribuições das partes sejam aportadas na confiança³⁵ de que cada uma delas atuará em benefício comum³⁶ e como motivação para que o façam³⁷.

Em relação à contribuição entre todos os *venturers* para as perdas da atividade desenvolvida pela *joint venture*, cumpre frisar que não se configura em pressuposto essencial para a existência de tal instituto, porquanto se pode estabelecer que os prejuízos serão suportados por apenas parte deles, em que pese a participação de todos quanto às utilidades³⁸. Ressalte-se, porém, que este acordo não teria eficácia perante terceiros.

No que diz respeito à representação e obrigação dos participantes, em regra geral, pode-se dizer que um membro da *joint venture* possui a faculdade de obrigar aos outros e sujeitá-los à responsabilidade perante terceiros em questões que estejam estritamente dentro do âmbito da associação³⁹. O princípio da “mutual agency” - faculdade acima referida - é sujeito a importantes restrições, como o caso da má-fé.

Por fim, quanto ao controle da empresa, em caso de *joint venture* societária, Le Pera explica que “tenga o no la facultad de administrar la operación y obligar a los copartícipes, un *joint venturer* debe tener alguna forma de control y dirección sobre el proyecto, aunque delegue el ejercicio de ese control en los demás partícipes”. Ou seja, não obstante seja a posição igualitária e o controle da empresa essencial para a formação da *joint venture*, qualquer de seus participantes pode delegar esse controle a outro, sem que perca sua condição de *co-venturer*⁴⁰. Infirmando o termo “controle” utilizado pela

questão da soberania e da supranacionalidade na Comunidade Européia. *Revista de Derecho del Mercosur*. Buenos Aires: La Ley, v. 3, n. 6, 2000; OMBRETTA, Pacilio. *La Corte de Justicia de la Comunidad Económica Europea*. Buenos Aires: Depalma, 1989; RODAS, João Grandino. *Sociedade comercial e Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995; VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996; CASELLA, Paulo Borba. *Comunidade Européia e seu ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1994; MORA-DONATO, Cecília Judith. *El Parlamento de la Europa Comunitária: organización y funcionamiento*. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Mexico: UNAM, n. 98, 2000.

³⁰ Órgão de cúpula e responsável pela condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado, para lograr a constituição final do mercado comum. (Protocolo de Ouro Preto, artigo 3º). É composto pelos Ministros das Relações Exteriores e pelos Ministros da Economia dos Estados Partes. Suas manifestações são através de Decisões.

³¹ COSTA, Lígia Maura. Estratégias de integração entre empresas no âmbito do Mercosul: o exemplo das *joint ventures*. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, v.26, n. 67, maio/ago, 1993. p. 128- 129.

³² BAPTISTA, Luiz Olavo. A Joint Venture: uma perspectiva comparatista. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 42. abr./jun. 1983. p. 44.

grande maioria dos autores, Alfredo Lamy⁴¹ dispara: “constitui ponto essencial da forma associativa o fato de todos os sócios participarem da gestão. Não ocorre, portanto, o elemento substancial do conceito de controle, ou seja, o poder de gerir por conta própria interesses de terceiros.”

Nesse sentido vai a crítica ao termo “controle” utilizado por Le Pera. De fato, na *joint venture*, não há controle, na acepção da palavra, de qualquer dos sócios, que, na verdade, exercem em comum a gestão da sociedade. O controle pressupõe poder de um em detrimento de outro, o que vai de encontro as próprias características e finalidades que induzem os agentes econômicos a utilizar esta forma de cooperação empresarial.

Indubitavelmente, é árdua a tarefa de classificar um operação empresarial conjunta como sendo, ou não, *joint venture*. Vê-se, a partir da observação das características gerais apontadas por Le Pera, que suas configurações nos casos concretos demanda uma análise subjetiva das intenções dos partícipes quando da associação.

C - A taxionomia dessa espécie particular de relação jurídica

No que tange aos modelos contratuais, se faz conveniente distinguir as motivações que dão origem aos acordos empresariais para se chegar ao tipo de *joint venture* mais adequado ao caso concreto.

As *joint ventures* podem ser divididas em quatro gêneros, de acordo com as características e peculiaridades da criação e funcionamento da empresa: a) pela nacionalidade das empresas que as compõem - nacional ou internacional -; b) pela sua duração - transitórias ou permanentes -; c) pela participação financeira dos *co-venturers* - *equity* ou *non equity* -; e, d) pela sua forma - societária ou contratual -, cada qual com determinadas características peculiares à criação e ao funcionamento do negócio.

De maior relevância é a distinção do ponto de vista formal, quando as *joint ventures* internacionais dividem-se em: societárias, se da associação, e de acordo com as leis do país de atuação, resultar a criação de uma nova empresa, com nova e distinta personalidade jurídica em relação às empresas participantes; e contratual, se constituída uma cooperação entre empresas, cuja a intenção é realizar um projeto ou empreendimento comum específico, regida unicamente por contratos de associação - acordo base e acordos satélites ⁴².

Na *joint venture societária*, também chamada de “companhia *joint venture*” ou “*corporate joint venture*”, as empresas participantes do negócio comum e específico desejam criar uma nova empresa, separada das suas já existentes, que consistirá em sociedade empresária com personalidade jurídica autônoma e patrimônio próprio⁴³.

³⁹LE PERA, 1984. p. 74-77.

³⁴Jurisprudência norte-americana: “U.S. v. Standard Oil of California”, 1957, 155 F. 121.

³⁵Na opinião de José León Barandiarán Hart, não se pode esquecer que a relação existente entre os partícipes da *joint venture* não tem característica unicamente de *intuitu personae*, senão que,

Nesses casos, a legislação do país escolhido regulamentará a constituição da nova sociedade, administração dos negócios, processo societário e tributário.⁴⁴ Frise-se que a *joint venture*, em razão de sua total flexibilidade, pode ser enquadrada em qualquer tipo societário previsto no ordenamento jurídico interno do lugar de sua atuação. Os tipos societários que mais comumente incorporam o projeto são as sociedades anônimas (S.A. - Lei n.º 6.404/76), preferidas por quem deseja excluir sua responsabilidade subsidiária pelos possíveis débitos da nova sociedade, e as sociedades de responsabilidade limitada (Ltda. - Lei n.º 3.708/19), cada qual com suas peculiaridades legais que deverão ser atendidas na constituição da *joint venture*, sendo a responsabilidade limitada ao capital subscrito ou à participação na sociedade, respectivamente. Porém podem ser utilizadas, também, outros tipos societários disciplinados no Código Comercial, tais como as “sociedades em nome coletivo”, “sociedades em comandita simples” (arts. 325 e 326 do Código Comercial) e as “sociedades de capital e indústria”, todas consideradas sociedades de pessoas.

A sociedade criada através da constituição de uma *corporate joint venture* será sempre nacional, independentemente do montante de participação societária estrangeira, que poderá ser majoritária ou minoritária⁴⁵. O acordo fundamental que dá origem ao empreendimento conjunto é o contrato de *joint venture*, seguido, posteriormente, do estatuto ou contrato social da empresa a ser constituída, entre outros⁴⁶, chamados acordos-satélites.

Como visto anteriormente, a finalidade da associação constituída para a realização de um empreendimento comum específico, bem como as características da legislação aplicável sobre a sociedade, são os fatores que determinarão o tipo de *joint venture* a ser escolhido, uma vez que, em determinados casos, a criação de uma terceira empresa não é somente recomendável, senão necessária.

Destarte, “se o projeto requer investimento significativo em bens do ativo fixo (por exemplo, em plantas, equipamentos), cuja amortização haverá de ocorrer de maneira mais ou menos prolongada, a criação de uma nova sociedade *ad hoc* não é somente aconselhável, senão que, em alguns casos, provavelmente necessária.⁴⁷” Caso típico em que se faz necessária a criação de uma terceira empresa para a execução do projeto ou empreendimento é o da instalação e operação de planta industrial de manufaturas.

mais ainda, seu substrato essencial é a confiança recíproca que contorna a relação. HART, 1988. p. 37.

⁴⁴Ainda sobre as características do modelo associativo em comentário, Maristela Basso faz interessante comentário quando afirma que o dever de lealdade é válido somente para as operações abrangidas pelo ajuste, de forma que relativamente a outras operações fora do âmbito deste, podem os participantes ser competidores entre si. BASSO, 1998. p. 42.

⁴⁷Nesse sentido, jurisprudência internacional: “*Hasday v. Barocas*”, 115, N.Y.S. 2d, 209, *apud* LE PERA, 1984.

⁴⁸Nesse sentido, jurisprudência internacional: “*James v. Herbert*”, 149 Cal., 171, F 2d, 101,

Sobre a opção pela *joint venture* societária, Maristela Basso⁴⁸ é enfática ao afirmar que “a opção pela criação de uma nova empresa é geralmente motivada pelo suporte institucional que essa proporciona às associações de duração relativamente longa.” Linhas após complementa: “a opção pela criação de uma entidade jurídica separada, dotada de personalidade jurídica, se dá sobretudo pela necessidade de responder às peculiaridades do país no qual se pretende operar em uma relação associativa estável.”

Em síntese, são características das *joint ventures* societárias, e que as diferem das *joint ventures* contratuais: a) a criação de uma nova empresa, com personalidade jurídica e patrimônio distintos das pessoas (físicas ou jurídicas) que as compõem; b) sua estrutura mais rígida, implicando maior compromisso entre as partes; c) a ocorrência de aporte de capitais, traduzido em investimento mais significativo; d) sua natureza jurídica que não precisa ser necessariamente limitada a um empreendimento; e) a maturação do negócio a médio ou longo prazo; e, f) a expectativa de lucros⁴⁹.

Em que pese a maior utilização das *joint ventures* societárias no Brasil⁵⁰, bem como em outros países da América Latina, como México, Argentina e Peru, a prática internacional, em geral, tem mostrado uma preferência pela *joint venture contratual*⁵¹.

A preferência pelas *joint ventures* contratuais, na seara internacional, remonta à problemática consistente na conciliação da estrutura societária regida pelas normas de ordem pública com a vontade das partes que desejam contratar por meio de *corporate joint ventures*, além da incerteza causada pela possibilidade de eventual litígio acerca da validade dos pactos e de cláusulas estatutárias atípicas elaboradas pelas partes.

A característica principal da *joint venture* contratual reside no fato de representar uma associação de interesses, na qual os riscos são partilhados, sem subordinação societária - formação de uma terceira pessoa jurídica -, normalmente sem contribuição de capital, mas visando os objetivos comuns⁵².

A opção por esta espécie de *joint venture*, de acordo com Carlos Alberto Bittar⁵³, resume-se à necessidade de ampliação de mercados, à limitação dos riscos de concentração, e à excessiva oneração social e tributária de atividades produtivas.

Não se forma uma sociedade com personalidade jurídica diversa das empresas participantes, e sua natureza é, via de regra, temporária ou específica. É instrumento contratual de grande elasticidade, já que alterável segundo as exigências do

apud LE PERA, 1984.

³⁹ Sobre a recíproca faculdade de representar entre os participantes da *joint venture* versou o caso “*Rae v. Cameron*”, 114 2d, 1060, *apud* LE PERA, 1984. p. 76.

⁴⁰ Caso norte-americano no qual se estabeleceu a faculdade de um membro delegar sua parcela de controle real de operação da *joint venture* a outro é o “*Shell Oil Co. v. Prestidge*”, 249 F2d, 413, *apud* LE PERA, p. 77.

⁴¹ LAMY FILHO, PEDREIRA, 1992. p. 414.

⁴² Consoante ensinamentos de RIBEIRO, Marilda Rosado de S. *Joint-Ventures Internacionais* - material distribuído no Curso de Pós-Graduação em Comércio Exterior e Negócios Nacionais e Internacionais, Porto Alegre, 1999. p. 29-30.

⁴³ LOBO, 1995. p.81.

⁴⁴ Nesse sentido COSTA, L., 1993.p. 130-131.

momento⁵⁴, de modo a prevenir possíveis dificuldades oriundas das mudanças econômicas e políticas do país de atuação.

A *joint venture* contratual é utilizada em maior escala pelas empresas petrolíferas, sendo que o instrumento de sua formação é conhecido por “*Joint Operating Agreement*”⁵⁵. Geralmente, no entanto, é constituída por um acordo-base, ao qual seguem vários acordos-satélites que regulam, entre outras questões, a representatividade, prestação de serviços, distribuição, assistência técnica, licença de marcas e patentes, *know-how*.

Não há como se negar que as *joint ventures* contratuais estão muito mais calçadas na confiança e boa-fé entre os participantes do empreendimento comum do que em estruturas rígidas pertinentes ao modelo societário.

No Brasil, é lícito afirmar que o modelo contratual é regulado pela Lei n.º 6.404/76 que, nos arts. 278 a 294, disciplina os consórcios⁵⁶. As “sociedades em conta de participação” (arts. 325 a 328, do Código Comercial) também se prestam a abrigar essa espécie de *joint venture*.

Resumidamente, podem-se apontar como características elementares do modelo associativo contratual, ajustando-se, evidentemente, o contrato de *joint venture* a cada caso concreto: a) a limitação do objetivo a um empreendimento determinado; b) o caráter eminentemente contratual e não institucional; c) a formalização por meio de contrato; d) a intenção explícita de criar a *joint venture* vinculada ao objeto; e) a autonomia restrita aos limites fixados pelo acordo originário; f) a obrigação de lealdade entre os contratantes; g) a presença de risco; h) a gestão e controle conjuntos; i) a capacidade de cada participante agir pelos demais, no âmbito do objeto; e, j) prazo de duração limitado⁵⁷.

D - Vantagens e motivações que induzem à utilização das *joint ventures* internacionais

⁴⁵ Vide Maristela Basso que sobre o tema assinala, citando Enrique Zalvidar: “A inserção da *joint venture* como meio de atuação indireta de sociedade estrangeira no Brasil não implica o surgimento de um tipo jurídico novo, como já se disse, mas sim um mecanismo novo e eficaz para a execução de certas negociações mercantis, industriais, financeiras, etc.”. BASSO, 1998. p. 79.

⁴⁶Sobre os instrumentos jurídicos necessários para a constituição das *corporate joint venture*, vide LAMY FILHO, PEDREIRA, 1992. p. 34.

⁴⁷Nesse sentido opina LE PERA, 1984. p. 84.

⁴⁸BASSO, 1998. p. 81.

⁴⁹ As principais características das *joint ventures* societárias foram retiradas das seguintes obras de: LOBO, C.A. da Silveira. **As *Joint Ventures***, 1995. p. 81-84; LUPATELLI JÚNIOR e MARTINS. ***Joint venture – aspectos legais e estratégicos***, 1999. p. 198-199, COSTA, **Estratégias de Integração entre empresas no âmbito do Mercosul – o exemplo das *joint ventures***, 1993. p. 130-132.

⁵⁰Nesse sentido BASSO, 1998. p. 54; e LUPATELLI JÚNIOR, MARTINS, 1999. p. 203.

⁵¹ Vide STRENGER, 1998. p. 403.

⁵²Nesse diapasão COSTA, L., 1993. p. 131.

⁵³BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos comerciais**. 2.ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1994. p. 213.

⁵⁴STRENGER, 1998. p. 403

Inúmeras são as vantagens proporcionadas pela associação entre empresas de diferentes países na forma de *joint ventures*, razão pela qual várias operações desta espécie foram realizadas no mundo todo⁵⁸, no país e com a participação de empresas brasileiras no exterior, principalmente na seara intramercosul⁵⁹.

É o caso das *joint ventures* típicas de investimentos nos países do Terceiro Mundo, onde o parceiro do país desenvolvido contribui com o capital e com a tecnologia, e o parceiro do país em desenvolvimento participa com os meios de acesso ao mercado que, de outro modo, poderiam ser inacessíveis ao estrangeiro⁶⁰.

Motivo determinante para a formação ou constituição de uma *joint venture* está no fato de a moderna *joint venture*, tal como sua antecessora, vislumbrar campo livre e desimpedido para a autonomia da vontade e, assim sendo, para o exercício da imaginação criadora dos homens de negócios e advogados. Conseqüência lógica disso, aparece uma das suas mais evidentes vantagens, qual seja, a inserção das empresas em novos mercados, haja vista que as *joint ventures* internacionais são dotadas de notável poder de penetração no mercado internacional⁶¹, principalmente em função de sua grande flexibilidade, adaptando-se às peculiaridades das legislações e práticas comerciais de cada país que ainda não a tenha prevista no ordenamento jurídico interno seu⁶².

A associação entre empresas estrangeiras é, sem dúvida alguma, vantajosa na medida em que seu objetivo fundamental é a constituição de uma empresa, nova ou não, mais forte e moderna para fazer frente à concorrência. A otimização, criação e a expansão da capacidade de produção por intermédio do incremento de novas tecnologias e técnicas administrativas e produtivas, bem como o melhoramento no nível dos produtos e serviços são outros fatores determinantes para a associação empresarial através de *joint ventures*⁶³.

A transferência da mais alta tecnologia⁶⁴ e o *know-how* assimilado pelo empresário e o país hospedeiro da *joint venture* traduz uma das maiores vantagens dessa espécie de associação, porquanto viabiliza a melhoria e diversificação dos serviços, bens e produtos da marca das empresas locais, aumento de sua produção e, acima de tudo, torna-os, o empresário e o país anfitrião, mais competitivos no cenário internacional.

De outra banda, a associação empresarial por meio de *joint venture* pode ser vantajosa para o empresário nacional que pretende investir no exterior quando se

⁵⁸No material de Marilda Rosado, é dado maior ênfase às *joint ventures* contratuais, operadas pelas empresas petrolíferas em seus contratos de ação conjunta internacional. RIBEIRO, 1999. p. 30.

⁵⁹Interessantes questões acerca do consórcio no direito brasileiro são levantadas por LOBO, 1995.p. 82. e RIBEIRO, 1999. p. 6, 10-11. O primeiro lembra que, em princípio, não há solidariedade entre os consorciados, respondendo estes apenas pelas obrigações que cada um contraiu. Já a segunda, citando ensinamentos de Túlio Ascarelli, sustenta que no consórcio não há constituição de patrimônio em separado, respondendo todos ilimitadamente pelas dívidas que tenham assumido, coletivamente, perante terceiros. Linhas após, a referida autora traz à baila o entendimento de Pedro Paulo Cristóforo, para quem nos grupos não personificados, como os consórcios, os efeitos dos atos jurídicos praticados pelos seus representantes incidem imediatamente sobre o patrimônio destes, uma vez que não podem recair sobre uma pessoa jurídica que não existe.

vislumbra a oportunidade de fruição de recursos e aproveitamento dos canais de distribuição já operantes no mercado estrangeiro⁶⁵.

As *joint ventures* são classificadas como forma de investimento indireto no país em que se opera, onde se associam os capitais estrangeiros ao capital nacional, rateando-se, assim, os riscos dos investimentos⁶⁶. Por se tratarem de investimentos estrangeiros, não há como negar-se, são benéficos à economia do país hospedeiro que, por sua vez, pode até mesmo disponibilizar incentivos fiscais para que outras empresas invistam no país. Conclusão a que se chega é que o país de atuação da *joint venture* internacional será beneficiado pela modernização de seu parque industrial proporcionada pela chegada de nova tecnologia, bem como pelo crescimento de seu empresariado, que poderá atuar competitivamente no mercado internacional, com conseqüente aumento das exportações nacionais.

Não se pode olvidar dos ensinamentos de Sergio Le Pera que, com o brilhantismo e clareza que lhe são peculiares, discorre sobre as vantagens das *joint ventures* internacionais desde o ponto de vista da empresa estrangeira e da empresa local. Sustenta o ínclito autor que:

*“desde el punto de vista de la empresa extranjera, contar con el conocimiento del mercado y del ambiente cultural, político y de negocios del país de actuación, y en ocasiones complacer los sentimientos nacionalistas o regulaciones legales de ese país. Desde el ángulo de la empresa local, contar con la capacidad tecnológica, empresaria y financiera de la otra.”*⁶⁷

É muito importante para o empresário estrangeiro, que deseja “aventurar-se” por meio de investimento ou negócio fora de seu território, familiarizar-se, de algum modo, com mercado no qual estará atuando, com a cultura das pessoas que naquela localidade movimentam o mercado, com a política implementada no local de atuação, e, acima de tudo, com a legislação a qual estará sujeito em sua “empreitada”. É nesse contexto que surge a opção pela *joint venture*, até mesmo como forma de se evitar futuros imprevistos ocasionados pelo despreparo e desconhecimento dos aspectos atinentes a localidade de atuação da empresa estrangeira.

Cumprе reforçar que a utilização cada vez em maior escala deste tipo de operação ou cooperação empresarial está calcada, mormente, no fato de ser bastante flexível, porquanto se adapta a qualquer tipo de negócio e legislação, e, também, por ser, na grande maioria das vezes, mais econômica que as formas tradicionais de integração ou concentração de empresas, tais como o consórcio de empresas, a fusão, a aquisição.

Não obstante a evidência das vantagens aqui apontadas, é extremamente necessário fiscalizar a constituição ou formação das *joint ventures* internacionais no país, com vista a evitar ou reprimir que, por meio da concentração de empresas, se atente contra a ordem econômica nacional em casos de abuso do poder econômico (artigo 173, § 4º, da Constituição Federal).

⁶⁷As características acima expostas são enumeradas por LUPATELLI JÚNIOR, MARTINS, 1999.p. 197.

III – O procedimento de notificação e aprovação das Joint Ventures Internacionais conforme os ditames da Lei Antitruste Brasileira

O denominado controle ou crivo prévio exercido pela Autoridade Antitruste brasileira (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE) no processo de formação e aprovação dos atos de concentração empresarial é regido pelos preceitos legais contidos na Lei Federal n. 8.884/94, também conhecida como Lei Antitruste Brasileira. Cabe ao CADE, portanto, apreciar as implicações de mercado e sociais dos atos de parceria empresarial sob a égide concorrencial da supracitada lei antitruste.

A referida lei, que regula especificamente a matéria, não veda ou proíbe a parceria empresarial, mas condiciona, dependendo da situação, a sua formação ou constituição à aprovação e registro pelo CADE. Mais precisamente, a competência atribuída ao CADE para apreciação dos chamados atos de concentração empresarial, em momento anterior a sua formação, é estabelecida no *caput* do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94 que reza, *in verbis*:

“Art. 54 – Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.”

Percebe-se, da leitura do artigo transcrito, que a atuação do CADE na formação de concentrações empresariais justifica-se sempre que se verificar possibilidade de prejuízo ou limitação à livre concorrência, ou quando destas parcerias puder resultar dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Isto é, tudo em conformidade com o disposto no artigo 173, § 4º, da Constituição Federal que, procurando evitar a prática de tais atos, propugna a repressão ao abuso do poder econômico.

Resta claro que o procedimento de notificação e aprovação das *joint ventures* internacionais encontra-se fulcrado na análise dos efeitos potenciais de concorrência e de mercado da parceria almejada⁶⁸. Nesse sentido, é válido dizer que, em regra

⁶⁸Vários casos de *joint ventures* internacionais entre empresas do mundo todo são citados por Maristela Basso, em sua obra, no capítulo “*Joint Ventures* segundo setores de atividade”. BASSO, 1998. p. 62-68.

⁶⁹Exemplos de *joint ventures* no país e no Mercosul: AT&T (Estados Unidos) com SID TELECON (Brasil) - com vista a fabricação, no país, de produtos na área de telecomunicações; MESA ELETRÔNICA (Brasil) e SINUELO INTER TRADING (Brasil) com ESIMET (Argentina) - constituíram nova empresa em Curitiba, a TERMOGAS, para fabricação de equipamentos de produção de água quente e calefação; LACTA BRASIL com GEORGALOS (Argentina) - contrato para auxílio tecnológico e de distribuição; CELITE (Brasil) com PIAZZA (Argentina) - *joint venture* para fabricação e distribuição conjunta de sanitários; entre outros.

⁶⁰Vantagem apontada por COSTA, L., 1993. p. 131-132.

⁶¹Essa a principal vantagem apontada por LAMY FILHO, PEDREIRA, 1992. p. 98.

geral, cabe aos próprios agentes econômicos envolvidos na transação verificar e analisar os efeitos potenciais e reais de suas parcerias, tendo em vista a estrutura do mercado de atuação e a necessidade de evitar-se prejuízo a saudável atividade concorrencial, concluindo pela necessidade de submetê-las, ou não, ao crivo prévio do CADE. Algumas parcerias, no entanto, estão sujeitas à notificação obrigatória à autoridade antitruste como condição *sine qua non* para operacionalização. Nesse caso, como veremos no decorrer deste trabalho, a lei estabelece no artigo 54, § 3º parâmetros caracterizados por limites quantitativos que, uma vez verificados, levarão à necessidade de submissão *incontinenti* da parceria empresarial à aprovação do CADE.

Várias são as formas de integração ou concentração⁶⁹ empresarial das quais poderão resultar limitação ou prejuízo ao princípio da livre concorrência, bem assim na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, sendo, portanto, passíveis de apreciação pelo CADE.

Estabelece o § 3º do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94 que:

“incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário...”

A menção feita a “qualquer forma de agrupamento societário” é garantia de precaução legal contra a criatividade jurídica dos advogados e agentes econômicos. Exatamente nesse contexto conclui-se que, dentre as *formas de agrupamento societário*

⁶²A lei comercial iugoslava de 1978, modificada em 1984, regula expressamente a formação e funcionamento das *joint ventures*.

⁶³Entendimento externado pelos autores do anteprojeto que se converteu na Lei n.º 6.404/76, LAMY FILHO, PEDREIRA, 1992. p. 363.

⁶⁴Para maiores informações acerca do tema *joint ventures* e transferência de tecnologia, vide GRAU, Eros Roberto. *Joint ventures e transferência de tecnologia: Lei de Informática*. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v.79, 1990. p. 5-16.

⁶⁵Nesse sentido STRENGER, 1998. p. 401.

⁶⁶Maristela Basso discorre sobre as diferentes formas de atuação das empresas alienígenas no país, dentre as quais aparecem os investimentos indiretos ocasionados pela formação de *joint ventures*. BASSO, 1998. p. 77-80.

⁶⁷LE PERA, 1984. p. 88

⁶⁸ Sobre essa assertiva é esclarecedora a explicação promovida por Tércio Sampaio Ferraz Júnior, para quem “os atos que devem ser submetidos a controle prévio são os que, potencialmente, têm condições de afetar a estrutura concorrencial de um mercado relevante. Práticas que manifestam meras estratégias comportamentais (aumento de preço, retirada de um produto da linha de fabricação, suspensão de um fornecimento reiterado etc.) não precisam ser comunicadas. Por sua vez, a simples inclusão de uma cláusula de não-concorrência num contrato já é motivo de comunicação. A proibição mútua de não-concorrência é prática que pode afetar a estrutura do mercado. Isto não quer dizer, porém, que qualquer contrato que a preveja deva ser comunicado. A lei se preocupa com atos que afetem a estrutura de um mercado relevante.” *Apud* PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 81.

que refere a lei estão, obviamente, as *joint ventures* internacionais, originadas justamente da criatividade jurídica, que ao presente trabalho interessam de maneira particular.

Da análise do *caput* do artigo 54, percebe-se que ao CADE não interessa examinar a forma do ato, se *joint venture* ou não, mas unicamente verificar se essa *joint venture* internacional, por exemplo, poderá traduzir-se em concentração do poder econômico que venha a falsear, de qualquer forma, a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercado relevante, práticas tidas como infrações à ordem econômica pela própria Constituição Federal⁷⁰. A concentração de poder verifica-se quando o poder econômico que duas ou mais empresas possuem separadamente concentra-se no momento em que praticam ato previsto no *caput* do artigo 54, deslocando-se o poder para um mesmo centro⁷¹.

Para tanto, ou seja, para auxiliar no processo de controle preventivo realizado pelo CADE, a Lei n.º 8.884/94 impõe, em seu artigo 54 e §§, uma série de indicadores e exigências que deverão ser satisfeitas pelos agentes econômicos e verificadas pelo próprio CADE. Essas condições e requisitos serão, a partir de agora, objeto de análise individual.

Muito embora se reconheça as evidentes vantagens obtidas pelos agentes econômicos que empreendem ação conjunta empresarial na forma de *joint venture* internacional (vide Capítulo I, subtítulo D), inúmeras vezes, o fenômeno da integração de empresas, seja na forma vertical ou horizontal, ao invés de favorecer o consumidor, como também seria de se esperar, promove verdadeira alteração na estrutura do mercado, comprometendo a própria concorrência entre os diversos agentes econômicos⁷².

Em conseqüência disso, alguns atos de integração empresarial devem ser, necessariamente, levados à apreciação do CADE que, tendo em conta as disposições da Lei Antitruste brasileira (artigo 54), os aprovarão ou não. Seja no momento de sua formação, ou momento posterior, a *joint venture*, uma vez caracterizada a possibilidade de infração à ordem econômica, sujeitar-se-á, *incontinenti*, à Lei Antitruste brasileira⁷³.

A – Os prazos do procedimento de notificação

O artigo 54 estabelece o procedimento e os prazos aplicáveis ao processo de notificação e revisão das *joint ventures* internacionais. A notificação das *joint ventures*

⁶⁹Para Luiz Olavo Baptista a noção jurídica de concentração é bem mais completa que a econômica, na qual enquadram-se as fusões, as incorporações, os grupos, os consórcios e a tomada ou exercício de controle. Segundo o autor, juridicamente, trata-se da "concentração-integração, e nela se reúnem todas as formas de concentração (econômica) e de integração (econômico-administrativa). Assim, no conceito jurídico de concentração englobam-se todas as formas de crescimento, integração, quase interposição, simbiose, agregação, nas quais se possa manifestar a tendência da empresa de reunir capacidades econômico-tecnológicas para o

internacionais que se enquadrarem nas disposições do *caput* do artigo 54 e seu § 3º, deverá ser feita a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça⁷⁴ (SDE) que, por sua vez, enviará cópias da documentação submetida pelas partes interessadas a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).

Feito isso, a SEAE deverá providenciar um relatório técnico para a SDE dentro de 30 dias. A SDE, então, no prazo de 30 dias do recebimento de tal relatório, fará uma recomendação ao CADE. O processo, neste ponto, será transferido ao CADE, o qual deverá tomar sua decisão dentro de no máximo 60 dias⁷⁵, excepcionando-se os casos de suspensão do prazo pela pendência de documentação requerida⁷⁶. Caso o CADE não tome sua decisão dentro do prazo previsto em lei, a *joint venture* será considerada automaticamente aprovada pela autoridade antitruste⁷⁷.

Eis aqui o atestado mais eloqüente dos equívocos verificados na lei de proteção à concorrência. Ora, muito embora a evidente vantagem decorrente desta determinação para os particulares, ao realizar-se uma interpretação teleológica⁷⁸ da lei em questão, que leva em conta sua finalidade – a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica –, não se poderia cogitar em autorização automática do ato por decurso de prazo para a tomada da decisão⁷⁹.

É importante salientar que o prazo é de 60 dias corridos, não importando se úteis ou não. Ademais, não poderá ser alegado pela Administração Pública excesso de trabalho que justificaria o atraso.

O cômputo do prazo para a aprovação automática poderá ser realizado de duas formas, valendo sempre aquela que melhor beneficiar o agente econômico cujo o ato se analisa. Na primeira, como forma de evitar possível alegação de falta de protocolo no CADE, para fins de retardar o prazo estipulado em lei, leva-se em conta os prazos também destinados à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, ambos de 30 (trinta) dias, em conformidade com o § 6º do artigo 54. Assim, ocorrerá a aprovação automática quando, transcorridos 120 dias do protocolo inaugural, não sobrevier manifestação do CADE. Na segunda, leva-se unicamente em conta o prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir do ingresso do feito no CADE.

aumento de seus potenciais, e que lhe permitam melhor posição no mercado. Concentração de empresas. **Revista Forense**: Rio de Janeiro, v.264, 1978, p. 55.

⁷⁰ Jurisprudência do CADE: **Ato de Concentração nº 08012.000164/99-03**. Requerentes: Du Pont do Brasil S/A e Haci Omer Sabanci A/S: "Conforme visto no Relatório, a presente operação ocorre em seguimento a Ato de Concentração já apreciado por este CADE, pelo qual se aprovou a associação entre Du Pont e Sabanci para a construção da primeira fábrica brasileira de *dipping*. Trata-se, agora, da aquisição de 50% do controle da Du Pont do Nordeste pela Sabanci, operação que visa à produção do tecido denominado "náilon 6", insumo para a produção de tecidos beneficiados pelo processo de *dipping*, de maneira que esta empresa passa também a participar de etapa anterior da cadeia de produção de pneus. O mercado relevante desta operação foi definido pelas requerentes, pela SEAE, SDE e Procuradoria Geral do CADE como

Uma vez aprovado automaticamente o ato por decurso do prazo, torna-se impossível a revisão da aprovação, uma vez que, se possível fosse, tornar-se-ia ineficaz a parte final do preceito contido no § 7º do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94. Seria “o mesmo que não admitir essa modalidade específica de aprovação, contrariando frontalmente o previsto naquele dispositivo da lei antitruste.”⁸⁰

A legitimação automática dos atos submetidos ao controle prévio do CADE pode ser nefasta ao sistema econômico, porquanto toda e qualquer infração econômica futura passa a ser considerada previamente lícita. O prejuízo social, acaso realmente demonstrado, deverá ser inteiramente indenizado pelos responsáveis pela desídia ou atraso na apreciação do ato; responsabilidade esta que será objetiva em face da comunidade em geral e subjetiva em relação ao Estado⁸¹, nos termos do § 6º do artigo 37 da Constituição Federal⁸², sem prejuízo de eventual responsabilidade penal a ser verificada.

B – O CADE: natureza e discricionariedade

A Lei Antitruste brasileira, no seu artigo 3º⁸³, refere-se ao CADE⁸⁴ como órgão julgante com jurisdição em todo território nacional, conferindo-lhe natureza jurídica de autarquia federal, inclusive com direito a patrimônio e destinação orçamentária própria. Obviamente, trata-se aqui de jurisdição administrativa, uma vez que o CADE não integra o Poder Judiciário, vinculado que está, de forma expressa no supracitado dispositivo legal, ao Ministério da Justiça, integrante do Poder Executivo⁸⁵.

A autoridade antitruste brasileira é composta por um Presidente e seis membros conhecidos como Conselheiros, todos indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Nacional por mandatos de dois anos, ainda que poderão permanecer no cargo por mais um mandato, por recondução. O curto mandato dos conselheiros do CADE resulta em rápida e freqüente rotatividade na composição do Conselho, o que tem sido objeto de crítica especialmente por especialistas internacionais⁸⁶, para quem essa rotatividade provoca a falta de um quadro permanente e profissional no CADE, bem como priva o Conselho de um grau maior de

o de fios e tecidos de náilon para reforço de pneus convencionais produzidos no Brasil. Adoto tal definição, salientando que a Sabanci não atuava neste mercado, de maneira que a sua entrada não altera o grau de concentração existente. Ante o exposto e por não vislumbrar a geração de efeitos anticoncorrenciais da operação em tela, voto pela sua aprovação sem restrições.”

⁷¹ PROENÇA, 2001. p. 84-87.

⁷² Nesse sentido Newton de Lucca, em prefácio à obra de José Marcelo Martins Proença. 2001. p. XIII e XIV.

⁷³ LUPATELLI JÚNIOR., MARTINS, 1999. p. 181.

⁷⁴ Artigo 54, § 4º, da Lei n. 8.884/94.

⁷⁵ Artigo 54, § 6º, da Lei n. 8.884/94.

⁷⁶ Artigo 54, § 8º, da Lei n. 8.884/94.

⁷⁷ Artigo 54, § 7º, da Lei n. 8.884/94.

⁷⁸ Carlos Maximiliano, citando Wurzel, explica que por considerar-se o “Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermenêuta sempre terá em vista o fim da lei, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática.” MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 151.

independência em relação ao governo, levando-se em consideração o fato de que todo o Conselho pode ser substituído dentro de um período de dois anos.

Dentre as atribuições do CADE inclui-se aquela pertinente ao exercício do exame prévio de *joint ventures* internacionais que poderão culminar em abuso do poder econômico, eliminação de concorrência ou dominação de mercado relevante, decidindo por sua aprovação, alteração (desconstituição) ou não-aprovação. Outrossim, ao Conselho compete decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei⁷⁹. Muito embora o poder discricionário conferido pela legislação em vigor ao CADE na tomada de suas decisões, é importante ressaltar que a própria legislação não veta totalmente a concentração de grande poder econômico, mesmo que certos atos venham, porventura, a configurar-se em dominação de mercado relevante nos termos dos artigos 20 e 54, *caput*, da Lei *in commento*.

Portanto, é de se deixar bem claro, desde já, que à *joint venture* internacional é permitido a concentração de grande poder econômico, sem que com isso incorra em infração à ordem econômica, porquanto, nos termos do § 1º do artigo 20 da lei antitruste, “a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II” (dominar mercado relevante de bens e serviços).

Consagra-se, dessa forma, a *vantagem competitiva* do agente econômico, não se punindo a posição dominante por si só, mas apenas o abuso dessa posição que culmine em limitação ou restrição à livre concorrência, beneficiando-se, assim, a *joint venture*

⁷⁹ Sobre a aprovação automática, vale transcrição do comentário de João Bosco Leopoldino da Fonseca: “A complexidade da matéria, o volume dos processos e a dificuldade das questões a serem abordadas, bem como ainda a restrita estrutura desses órgãos, levam a crer que o dispositivo legal permanecerá letra morta.” FONSECA, 1995. p. 150.

⁸⁰ COELHO, 1995. p. 130.

⁸¹ Cf. POPP, ABDALA, 1994. p. 130.

⁸² Art. 37, § 6º, da Constituição Federal: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

⁸³ Art. 3º da Lei n.º 8.884/94: “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.”

⁸⁴ Criado pela primeira vez em 1945, através do Decreto-lei n.º 7.666, que não teve duração superior a dois meses, o CADE foi definitivamente instituído com a promulgação da Lei n.º 4.137 de 1962.

⁸⁵ Hely Lopes Meirelles refere-se ao CADE como órgão administrativo de função quase-judicial, a exemplo de outros órgãos enquadrados nesta mesma categoria, como o Tribunal Marítimo, os Conselhos de Contribuintes, dentre outros. MEIRELLES, Hely Lopes. Estudos e pareceres de direito público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. v. 4. p. 129.

⁸⁶ CLARK, John W. Competition Law and Policy Developments in Brazil. OECD: Journal of Competition Law and Policy, v. 2, n. 3, 2000. p. 186.

⁸⁷ Artigo 7, inciso II, da Lei n. 8.884/94.

⁸⁸ Na opinião de Marcelo Proença, existem duas formas de poder econômico: “o alcançado pelo crescimento interno da empresa, que o legítima; e o poder obtido por meio de atos de concentração que venha a expressar, ou expresse desde logo, um domínio do mercado, dando vistas que o poder de mercado obtido ensinará ou possibilitará a prática de atos abusivos, atos dotados de abuso do poder econômico.” PROENÇA, 2001. p. 80-81.

⁸⁹ Nesse sentido, convém trazer-se à baila parte do voto proferido pela conselheira-relatora no caso Fiat x Transauto, levado à apreciação do CADE, in verbis: “Diga-se, porém, que o princípio da livre

que em virtude de sua eficiência e presteza possa oferecer ao consumidor preços mais baixos pelo serviço ou produto. O poder econômico⁸⁸ somente poderá ser reprimido quando orientado à dominação de mercado ou na medida em que se transforma em lesão à concorrência⁸⁹.

No entanto, esse dispositivo traz em seu bojo uma flagrante contradição⁹⁰. Isso porque, ao mesmo tempo em que beneficia a empresa que obtém vantagem concorrencial de forma lícita, em função de sua eficiência, o *caput* do artigo 20⁹¹ estabelece a responsabilidade objetiva⁹² do agente econômico que, por meio da constituição de *joint venture* internacional, por exemplo, produza os efeitos tipificados como infrações contra a ordem econômica, apontados nos incisos I ao IV, “ainda que não sejam alcançados”.

O artigo 20 da lei especial, diga-se de passagem, caracterizando certas condutas como ilícitas independentemente de culpa, tem sido objeto de crítica por alguns estudiosos no assunto, que chegam a apontar a sua inconstitucionalidade. Para tanto, alegam que a Lei n.º 8.884/94, na esteira do artigo 20, define certas ações como ilícitos civis, obviamente. Acontece que o ilícito civil, segundo o princípio básico contido no artigo 159 do Código Civil, assenta-se na culpa, razão pela qual o mencionado dispositivo antitruste seria contrário ao ordenamento

concorrencial não conduz à antijuridicidade do poder econômico. O sistema adotado pelo texto constitucional não é o da per se condemnation, mas o da regra da razão, o que vale dizer que o poder econômico só pode ser reprimido quando orientado à dominação de mercado ou quando atua de forma lesiva à concorrência.” Revista do Ibrac, v. 2, n. 1, p. 82.

⁹⁰ A esse respeito manifesta-se Paula A. Forgioni: “Lembremo-nos, no entanto, que a concorrência, ainda que lícita, prejudica alguns agentes econômicos. Qual é, então, o limite que indica a licitude do prejuízo causado? Até que ponto deve ser suportado o exercício das vantagens decorrentes da superioridade do agente econômico? Como diferenciar a concorrência vigorosa da prática abusiva?... Atualmente, se de uma parte é quase intuitivo que a vantagem competitiva, lícita que é, deve ser incentivada mediante a aplicação das normas de tutela do livre mercado e da livre concorrência, de outra não se têm apropriados critérios gerais para determinar, na prática, a separação entre a concorrência lícita, cujos prejuízos causados a terceiros baseiam-se em uma vantagem competitiva, e a concorrência predatória. FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 275.

⁹¹ Art. 20 da Lei n.º 8.884/94: “Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II – dominar mercado relevante de bens ou serviços; III – aumentar arbitrariamente os lucros; IV – exercer de forma abusiva posição dominante.”

⁹² Sobre a responsabilidade objetiva do agente econômico preconizada na Lei Federal n.º 8.884/94, mais precisamente no seu artigo 20, sugere-se a leitura do artigo publicado por SILVA, Paulo Thadeu Gomes da. A responsabilidade objetiva na Lei Antitruste – 8.884/94: Aspectos constitucional e infra-constitucional. Revista da Procuradoria Geral da República, São Paulo, n.8, p. 264-274, 1996.

⁹³ Sobre a suposta inconstitucionalidade do artigo 20 da Lei Antitruste brasileira, merece transcrição trecho do texto elaborado por João Luiz Coelho da Rocha: “Mais flagrante, porém, e aí autorizando perceber-se logo uma patente inconstitucionalidade é a absurda tipificação dos delitos contra ordem econômica expressa no *caput* do art. 20...Está-se aí definindo tipologicamente certas ações como ilícitos. Ilícitos civis, naturalmente. Ora, o ilícito civil no princípio básico da lei brasileira (art. 159 do CC) assenta-se na culpa, naquele dispositivo definida. Não tem cabimento jurídico, pois, que, em afronta aos termos da Lei Complementar (como é o Código Civil, que tal força óbvia teria) a Lei 8.884 defina como ilícitos civis (comerciais, na espécie) atos não culposos. Fala-se aqui de ilícito, de tipificação de uma conduta injurídica punível e não de criação de uma simples responsabilização patrimonial derivada do mero risco, como acontece nos casos de responsabilidade objetiva...Parece contudo inesgotável a impropriedade do legislador nesse trato da ordem econômica e sua infrações. Pois na composição tipológica daqueles ilícitos resolveu compreender atos que tenham por objeto certos efeitos nocivos ao saudável fluxo econômico, então listados, mas ainda atos que não propriamente

jurídico⁹³. Outrossim, o artigo 20 em comento, tendo em conta as disposições dos artigos 54, § 3º, da mesma lei, e artigo 173, § 4º, da Constituição Federal, seria inconstitucional tendo em vista a discrepância entre o verbo “visar”, empregado nos dois últimos, se entendido como referência ao elemento volitivo do agente econômico, e a expressão “independentemente de culpa”⁹⁴.

Esta é exatamente a opinião de José Cretella Júnior⁹⁵ que, analisando a possibilidade do CADE autorizar atos ou contratos que, nada obstante preencham certas condições previstas na lei especial, são prejudiciais à concorrência e, portanto, ilícitos, sustenta que o intérprete fica perplexo ao se deparar com o antagonismo existente entre as disposições dos artigos 20, inciso I, e 54.

De fato, ao estabelecer que, “independentemente de culpa”, o ato que limitar, falsear ou *de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa*, bem como resultar em dominação de mercado relevante, mesmo que não alcançados, constituirão infração contra a ordem econômica, a lei, à primeira vista não poderia abrir a exceção contida no § 1º do artigo 20, porquanto nitidamente incongruentes. O termo *de qualquer forma* é incompatível com a conquista de mercado legitimada posteriormente.

Melhor redação teria o artigo 20 se dispusesse serem considerados ilícitos os atos que prejudiquem a concorrência, desde que não preenchidas as condições previstas no artigo 54 da mesma lei. Isso pois, se nos termos do artigo 20, inciso I, os atos ou contratos que prejudiquem a concorrência por si só configuram-se em infrações contra a ordem econômica, cuja repressão e prevenção são objetos da própria Lei Antitruste, não haveria porque submetê-los à apreciação do CADE, não cabendo as exceções. Porém, a lei objetiva estimular a concorrência saudável, na qual os melhores vencem, dentro das regras do jogo, é claro, e dessa forma deve ser interpretada.

Não se deve olvidar que a vantagem competitiva, ainda que “resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico”, portanto lícita, ocasiona prejuízos a outros agentes econômicos que no mesmo mercado conquistado atuam. Toda concorrência, ainda que saudável para uns, é prejudicial para outros⁹⁶. Então, como se chegar ao denominador comum entre a licitude do mercado conquistado e a limitação e prejuízo que isso necessariamente provoca à concorrência dos demais agentes econômicos? O texto é, sem dúvida alguma, de um subjetivismo tremendo.

Para Paula A. Forgioni⁹⁷, a forma de explicar a licitude (ou ilicitude) dos efeitos decorrentes do uso (ou abuso) da posição dominante pode ser encontrada na utilização de um critério de diferenciação na eficiência econômica, segundo o qual a “eliminação de empresas menos eficientes serviria ao propósito da Lei Antitruste, ou também, na aplicação

objetivem o alcance daquelas situações de incorreto desbalanceamento da economia mas que ‘possam produzir’ tais efeitos ‘ainda que não sejam alcançados’. Entende-se portanto no texto legal que qualquer ato da empresa – ainda que desprovido de culpa, como vimos – que na verdade não prejudique a livre concorrência, mas que poderia eventualmente tê-lo feito, qualifica um ilícito contra a ordem econômica. E, certamente, invertendo toda a concepção do ato ilícito, e pervertendo a técnica maisomezinha da formação dos tipos legais, defere ao abstrato, vago, nebuloso e perigoso parâmetro da ‘possibilidade’ de produção de algum daqueles efeitos tidos como deletérios, a verificação da ocorrência da

do princípio geral que condena, em nosso ordenamento jurídico, o *abuso do direito*. Nesse último sentido, consoante as abalizadas palavras da autora supramencionada, “a utilização do poder econômico (e do direito à liberdade econômica) apresentaria restrições se fosse efetuada de forma não adequada, reprovável ou reprovada, ilegítima ou tida como tal, rompendo o equilíbrio dos interesses em conflito ou do desvio da finalidade do direito, da sua destinação social e econômica.”⁹⁸

Em realidade, o dispositivo *in focu* propõe a promoção da eficiência econômica que culmine tanto na maximização da satisfação dos consumidores, como, em contrapartida, no aumento dos lucros dos produtores, mesma razão pela qual, nos termos do § 1º do artigo 54 em análise, poderá o CADE autorizar a formalização de atos de concentração de empresas, como no caso das *joint ventures* internacionais, mesmo sobrevivendo limitação ou qualquer forma de prejuízo à concorrência, desde que eficiente ou necessárias por motivos preponderantes da economia nacional⁹⁹.

Bastante ilustrativa, como soe acontecer, a explicação formulada por Eros Roberto Grau¹⁰⁰ que, afirmando não se justificar a condenação indistinta de todas as práticas restritivas da concorrência quando aos prejuízos delas decorrentes, suportados pelo mercado, ou pela própria concorrência, corresponderem a vantagens a serem auferidas pela economia nacional como um todo, de sorte que estas vantagens sejam relativamente maiores do que aqueles prejuízos, exemplifica:

“Imagine-se, por exemplo, um acordo de cooperação entre duas empresas para o desenvolvimento de uma nova tecnologia. Parece óbvio que a união dos dois agentes econômicos, embora importe na eliminação da concorrência recíproca, pode ser socialmente relevante, de modo a beneficiar o desenvolvimento tecnológico. Se assim é, a união não deve ser obstada, ainda que importe em um certo ‘prejuízo para a concorrência’.”

Na prática, conseqüentemente, uma vez configurada a hipótese prevista no § 1º do artigo 20 da lei especial, deverão os controladores da *joint venture* em formação, ou já criada, atuar de forma cautelosa, uma vez que estarão na mira das autoridades do CADE, e dos próprios concorrentes, em função da situação privilegiada alcançada ou de provável alcance, não se deixando seduzir por essa posição vantajosa.

infração legal...E, ainda, antes do curso judicial teremos aí um aplicador administrativo da lei com tal amplitude discricionária de caracterização do delito, em um procedimento legal criado, (arts. 39 e ss.) de teor sumário.” ROCHA, João Luiz Coelho da. Alguns aspectos heréticos da Lei Antitruste (Lei 8.884/94). Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n.97, 1995, p. 109-110.

⁹⁴ Para Paula Forgioni: “A primeira questão que se coloca diz respeito ao verbo ‘visar’, utilizado na hipótese normativa. Estar-se-ia fazendo qualquer referência à intenção do agente econômico, quando da prática do ato? Se entendermos que sim, deveremos levar em conta, também, o art. 173 § 4º, da Constituição Federal (que emprega o mesmo verbo) e concluir que o art. 20 da Lei Antitruste (que se utiliza da expressão ‘independentemente de culpa’) é inconstitucional. Ao contrário, se entendermos o verbo ‘visar’ com o significado de ‘ter por objeto ou por efeito’, eliminamos da hipótese normativa qualquer referência ao elemento volitivo do agente econômico, e o art. 54 dirá respeito aos atos que têm por objeto ou por efeito ‘concentração econômica’. FORGIONI, 1998. p. 380.

⁹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Lei Antitruste – Lei nº 8.884/94. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 118.

C – Submissão voluntária da *joint venture* internacional ao controle prévio do CADE

Quanto aos atos que, nos termos do *caput* do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94, deverão ser levados à apreciação do CADE, pode-se dizer que nem todas as *joint ventures* internacionais em formação serão passíveis dessa submissão, mesmo que configurada a concentração de poder econômico nas mãos da mesma empresa. Como visto anteriormente, somente as *joint ventures* que visem à concentração econômica e que “possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços”, deverão ser comunicadas ao CADE¹⁰¹.

Interessante é a distinção formulada por Fábio Ulhoa Coelho entre: a) atos reputados limitativos ou restritivos à concorrência pelos agentes econômicos, mas tidos por inofensivos pelo CADE; b) atos considerados inofensivos pelas partes que o praticam ou desejam praticar, mas tidos como limitativos ou restritivos à liberdade de concorrência pela autoridade antitruste; e, c) atos considerados limitativos ou restritivos à concorrência pelos agentes econômicos que o praticam e pelo CADE¹⁰².

Quanto aos primeiros, o autor sugere que a autoridade antitruste não teria competência para aprovar ou rejeitar o ato, de forma que seu julgamento seria pelo desconhecimento do pedido, isto é, manifestação administrativa diversa da aprovação. Com relação ao segundo grupo de atos, sustenta que somente o Poder Judiciário poderia resolver o conflito de interesses, por meio do exame, em ação própria, dos prováveis efeitos jurídicos, econômicos e sociais provocados pelo ato, manifestando-se, a partir daí, pela necessidade ou não de submetê-lo ao exame prévio pelo CADE. Acaso vencedora a tese de que o ato deve ser levado ao crivo antecipado da autoridade antitruste, nesse caso reabre-se o prazo do artigo 54, § 4º, da Lei n.º 8.884/94. Já, na última hipótese, o CADE decidirá pela aprovação ou rejeição ao ato de acordo com a análise da presença ou não das condições previstas nos §§ 1º e 2º do artigo 54 supramencionado, exercendo, dessa forma, a competência discricionária de agente da política econômica do Governo federal.

A Lei Antitruste nacional estipula, em seu artigo 21, as condutas que caracterizam infrações contra a ordem econômica, desde que, é claro, configurada pelos menos uma das hipóteses previstas no artigo 20 do mesmo diploma legal, pois, na legislação antitruste

⁹⁵ Na opinião de Luis Fernando Schwartz, “esta regra de raciocínio é relativizada no caso das análises de atos - especialmente de concentração - com base no art. 54 da Lei 8.884/94. Aqui é

não há ilícitos *per se*. Acaso determinada *joint venture* tenha por objetivo, ou efetivamente adote qualquer das referidas condutas, poderá incorrer em infração à ordem econômica nacional na medida em que seus atos culminam naqueles repugnados pelos artigos 20 e 54 do mesmo texto legal – prejuízo à livre concorrência e dominação de mercado – sendo necessário, portanto, sujeitar-se ao controle prévio pelo CADE.

Em que pese soar um pouco estranho, é o próprio agente econômico que, analisando e estudando o seu próprio ato, seus efeitos potenciais e concretos (formação ou constituição de *joint venture* internacional), decidirá se o submeterá, ou não, ao controle prévio do CADE¹⁰³. Também poderá ser requerida – a interferência do CADE – por quem se julgar prejudicado¹⁰⁴ pelo negócio formalizado e realizado, ou em vias de realização¹⁰⁵.

Poder-se-ia perquirir do porquê de tal atitude ou alerta, em caso de dúvida do próprio agente econômico quanto à licitude de seu negócio, se existe a possibilidade

possível “contrabalançar” os efeitos anticompetitivos com aquilo que se convencionou chamar de “eficiências

” (resultados “positivos”) para o mercado. Trata-se de relativização e não de suspensão, posto que o recurso a tais “eficiências” deixa de valer a partir de uma certa intensidade alcançada pelos efeitos anticompetitivos.” SCHWARTZ, Luis Fernando. Dogmática jurídica e Lei 8.884/94. Cadernos de Direito Tributário de Finanças Públicas, São Paulo, v.23, 1998. p. 153.

⁹⁷ FORGIONI, 1998. p. 275.

⁹⁸ FORGIONI, 1998. p. 276.

⁹⁹ Nessa orientação, PROENÇA, 2001. p. 64.

¹⁰⁰ GRAU, Eros Roberto; e FORGIONI, Paula A. Restrição à concorrência, autorização legal e seus limites. Lei n.º 8.884, de 1994, e Lei n.º 6.729, de 1979. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v.21, 1998. p. 112-113.

¹⁰¹ Nesse sentido, jurisprudência do CADE, no A.C. n.º 08012.008295/98-86, sendo requerentes as empresas Viking Resins Group Holdings B. V., Vianova Resins GmbH, Vianova Resins Ltda. e Hoechst Aktiengesellschaft: “DESPACHO MC/CADE N.º 2/99: Como visto no relatório, trata-se da transferência do negócio de resinas da divisão Vianova do grupo Hoechst para o grupo Deutsche Bank, um novo entrante no mercado de resinas policondensadas, representado pela holding Viking Resins. Dado que o grupo adquirente não possuía qualquer participação no mercado relevante antes da presente operação, concordo com a SEAE, SDE e Procuradoria do CADE no sentido de que esta não altera a estrutura do mesmo, nem é passível de limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação do mercado relevante, nos termos do caput do art. 54 da Lei 8.884/94.”

¹⁰² COELHO, 1995. p. 125-126.

de a decisão do CADE ser contrária à formação do ato visado. A resposta para tal questionamento vem enfrentada nos §§ 4º e 5º do artigo 54 da Lei Antitruste nacional.

Com efeito, se os atos de que trata o *caput* do artigo 54 não forem apresentados para exame, previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis de sua realização (§ 4º), sujeitar-se-ão os partícipes da *joint venture* internacional à multa¹⁰⁶ pecuniária entre 60.000 (sessenta mil) e 6.000.000 (seis milhões) de UFIR's, sem prejuízo da abertura do processo administrativo descrito no artigo 32 e seguintes da lei especial. Assim sendo, tencionado o empresário nacional à constituição de uma *joint venture* internacional, que por sua vez poderá resultar em prejuízo à livre concorrência ou no domínio de mercado relevante, segundo o mercado brasileiro, deverá encaminhar os documentos competentes¹⁰⁷ ao controle prévio realizado pelo CADE, ou, em último caso, no prazo máximo de 15 dias úteis de sua realização. Tudo isso sob pena de ser onerado com uma multa que, dependendo da decisão do CADE¹⁰⁸, poderá ser bastante pesada às aspirações do empresário nacional, mormente tendo-se em

¹⁰³ Nesses termos, Fábio Ulhoa Coelho, 1995. p. 125.

¹⁰⁴ Chama-se "representante" a pessoa, física ou jurídica, de direito público ou privado, que comunica o fato caracterizador da infração a ordem econômica que a prejudicou ou nele tem interesse. A atuação do representante limita-se à comunicação do fato, tanto na averiguação preliminar quanto no processo administrativo, não se constituindo em parte ou interessado nesse processo, porém atuando unicamente como agente provocador do "poder de polícia" da Administração Pública que não integra a relação jurídica Administração-representado, após a representação. Nesse sentido, LAZZARINI, Alexandre Alves. O papel do representante, do Procurador e do Ministério Público nos procedimentos da Lei 8.884/94. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, São Paulo, n.2, 1998. p. 223.

¹⁰⁵ Exemplo de representação de empresa que se julgou prejudicada por suposto abuso de poder econômico realizado por concorrente sua, foi veiculado pelo Jornal Zero-Hora, edição de 19.05.2001, p. 15. A matéria, de título "Ministério da Justiça pede punição para a Microsoft", retrata a representação feita pela empresa brasileira "Paiva Piovesan" contra a "Microsoft", onde aquela acusa esta de estar infringindo a lei antitruste e o mercado brasileiro de softwares financeiros para Windows, por dominar 96% do mercado nacional para este tipo de programa, eliminando, assim, a concorrência brasileira.

¹⁰⁶ A cobrança judicial da multa, acaso necessária, será efetuada conforme a Lei de Execuções Fiscais, em conformidade com o disposto no artigo 61 da Lei Concorrencial que preleciona: "A execução que tenha por objeto exclusivamente a cobrança de multa pecuniária será feita de acordo com o disposto na Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980." Já, a cobrança administrativa da multa será efetuada de acordo com a Resolução n.º 9, de 16 de julho de 1997, que estabelece o "Regulamento para cobrança das penalidades pecuniárias previstas na Lei n.º 8.884/94 e respectiva inscrição em dívida ativa do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)."

¹⁰⁷ São, basicamente, os documentos que deverão ser levados à apreciação prévia do CADE para verificação da validade, ou não, do ato objetivado: - estatuto ou contrato social das requerentes, de suas subsidiárias e controladoras, com as modificações atualizadas; - relação dos acionistas com direito a voto (pessoas físicas e jurídicas), das requerentes e de suas controladoras, com as respectivas participações, devendo ser agregados os dados referentes aos cônjuges e aos filhos menores, quando sócios ou acionistas, e inclusive de estrangeiros, indicando, nesse caso, o representante no Brasil com poderes expressos para receber citações, intimações ou notificações; - relação de todas as pessoas jurídicas onde os acionistas referidos no item anterior detenham ações com direito a voto ou o poder de indicar diretores, gerentes ou administradores, ou que auferam 50% ou mais dos lucros da empresa; - cópia das atas das assembléias gerais realizadas nos últimos três exercícios, mesmo daquelas que ainda não foram levadas a registro, e de todos os atos, sob qualquer forma manifestados nos últimos

conta os gastos já anteriormente efetuados no decorrer da negociação com o empresário estrangeiro, com quem deseja constituir uma *joint venture*.

E quanto às empresas estrangeiras, qual a repercussão do ato infrator? A Lei n.º 8.884/94 aplica-se, também, a toda empresa estrangeira que opere no Brasil ou que em território nacional pratique ato ou contrato, no todo ou em parte, que possa causar os efeitos previstos no texto legal, bem como em casos de possuir, no país, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante¹⁰⁹. Eis, aí, portanto, a aplicabilidade da legislação antitruste brasileira aos partícipes estrangeiros da *joint venture* internacional em formação e em operação sob condição resolutiva, que ver-se-á posteriormente.

Sabe-se que, em regra, a fase de negociação¹¹⁰ para formação de uma *joint venture* internacional é bastante demorada, requer grande paciência, e demanda muitos gastos com advogados, troca de material, telefonemas, estudos de viabilidade do negócio, pesquisa de mercado, etc. Destarte, em se tratando de acordo empresarial que projete a constituição de *joint venture* internacional a ser operacionalizada em território brasileiro, nada mais coerente do que, durante as tratativas da transação, o empresário nacional alerte seu parceiro estrangeiro, antes de se fechar definitivamente o negócio, sobre a necessidade de submeter o ato à apreciação e aprovação do CADE, bem como as possíveis conseqüências desta verificação. Caso não o faça, *ad argumentandum tantum*, em sobrevindo decisão desfavorável por parte do CADE, ou multa pecuniária devido ao não atendimento dos §§ 4º e 5º supracitados, o agente econômico brasileiro poderá ser até mesmo demandado judicialmente pelos danos decorrentes da má-fé, quebra do princípio da troca de informações e negligência negocial, justamente em função dos gastos realizados pelo parceiro, bem assim por tudo aquilo que este deixou de ganhar com a não realização do negócio.

O princípio da boa-fé, no Direito Internacional Privado, está pautado no dever de mútua informação de tudo aquilo que se apresenta relevante aos negócios visados, de forma que no âmbito das *joint ventures* assim deverão agir os seus partícipes, informando um ao outro os objetivos visados e os procedimentos adotados em suas respectivas legislações, sob pena de abalar-se o empreendimento conjunto¹¹¹.

Persistindo a mais pequena dúvida, portanto, o melhor que se tem a fazer na condição de agente econômico que deseja ver sua *joint venture* internacional em operação regular, é lançar-se ao controle prévio do CADE, evitando-se, assim, possíveis infortúnios que poderão, até mesmo, levar à ruína o negócio visado. A submissão de

cinco anos, entre empresas e acionistas, realizados no Brasil ou no exterior, ainda que não registrados, informando o valor da transação, os investimentos efetuados e as eficiências obtidas, sendo que, se não realizado o ato, os requerentes deverão apresentar a minuta daquele que se pretende concretizar; - cópia de todo e qualquer acordo de acionistas, quotistas e/ou quaisquer acordos que incluam regras relacionadas com a administração; - em caso de fusão ou incorporação, cópia do protocolo, das atas das assembleias que deliberaram sobre a fusão ou incorporação e do laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade especialmente elaborado para a transação; - quaisquer atos e contratos complementares ou adicionais firmados entre as partes; - cópia do último relatório anual elaborado

um contrato de *joint venture* ao exame do CADE não significa, necessariamente, a não-aprovação do mesmo, o que ocorrerá unicamente se verificada qualquer das infrações apontadas no artigo 54 em comento sem que sejam atendidas as chamadas “eficiências” do § 1 do artigo 54 da lei de proteção à concorrência.

D – Notificação obrigatória da *joint venture* internacional

Consoante o § 3^o¹¹² do artigo 54, incluem-se entre os atos de que trata o *caput*, e que, por conseguinte impõe-se obrigatoriamente sejam comunicados e submetidos à apreciação do CADE, “aqueles que visem qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 400.000.000 (quatrocentos milhões) de reais, ou unidade de valor superveniente.”

É importante lembrar que a notificação não necessita ser procedida anteriormente à constituição da *joint venture* internacional e, conseqüentemente, as partes não estão proibidas de consumir a transação visada antes ou durante o exercício do controle prévio realizado pela autoridade antitruste¹¹³.

Em relação ao elemento quantitativo suprarreferido, comunga-se, no presente trabalho, da opinião exarada pelo ínclito Conselheiro, e atual presidente do CADE, João Bosco Leopoldino Fonseca¹¹⁴, segundo a qual “o percentual de 20% (vinte por cento) é rigoroso e o valor do faturamento tomado como parâmetro é aleatório.” Para o autor, “tais parâmetros deveriam ser deixados a critério do CADE, na apreciação do caso concreto, à luz dos princípios legais gerais e específicos que regem a matéria.”

Na doutrina internacional, três argumentos críticos são levantados em respeito a comentada necessidade de comunicação das *joint ventures* internacionais que alcançam os parâmetros estabelecidos no § 3^o do artigo 54¹¹⁵. Primeiramente, o elemento quantitativo, R\$400 milhões, não está limitado as receitas obtidas em território brasileiro. Conselheiros do CADE têm confirmado que o referido parâmetro se aplica a receitas mundiais das empresas e, portanto, *joint ventures* internacionais com pequeno impacto no mercado brasileiro teriam de ser obrigatoriamente notificadas a autoridade competente. Segundo, os R\$400 milhões, estabelecidos como parâmetro de obrigatoriedade de notificação, podem ser atingidos por qualquer das partes envolvidas na transação, sendo que não existe limite quantitativo para a outra parte.

para os acionistas ou quotistas das demonstrações financeiras dos três últimos exercícios sociais, aprovadas pela assembléia geral, acompanhadas das notas explicativas, referentes a todas as requerentes: balanço patrimonial, demonstração de lucros e prejuízos acumulados, demonstração do resultado do exercício, demonstração das origens e aplicações dos recursos e, se se tratar de sociedade anônima de capital aberto, relatório da administração; - relação de todos os administradores das requerentes, suas controladoras e subsidiárias, com indicação dos respectivos cargos, informando-se, ainda, aqueles

Conseqüentemente, mesmo uma *joint venture* internacional de pequena proporções, na qual uma das partes contratantes é uma grande empresa, teria de ser comunicada e submetida à análise do CADE. Terceiro, o teste percentual de 20% do mercado relevante estabelecido no parágrafo *in focu* introduz um elemento subjetivo na obrigação de notificar, qual seja a definição de mercado. O grande problema surge quando as partes contratantes e os conselheiros do CADE discordam, de boa-fé, sobre a definição de mercado relevante numa determinada situação, gerando incertezas quanto a necessidade de comunicação do ato ou contrato.

Ainda na esteira dos dois primeiros argumentos *supra*, poder-se-ia dizer que uma grande quantidade de *joint ventures* internacionais inofensivas a estrutura do mercado brasileira, economia e consumidores terão de ser assim mesmo notificadas, resultando em custos desnecessários e atraso na regularização da parceria visada. Para evitar custos injustificados e o atraso, bem assim o acúmulo de trabalho para o CADE, a seguinte solução tem sido apontada por especialistas na matéria: limitar o parâmetro quantitativo de R\$400 milhões a receitas obtidas no Brasil e adicionar um parâmetro quantitativo de receita mínima a ser obtido pela outra ou outras partes envolvidas na transação¹¹⁶. Em ambos os casos, entretanto, haveria a necessidade de questionar-se até que ponto o parâmetro de R\$400 milhões não é exagerado, o que parece ser o caso.

No caso das *joint ventures* internacionais, percebe-se que o limite equivalente a R\$ 400 milhões de faturamento bruto anual registrado por uma das *co-venturers* torna-se ainda mais sem fundamento. Isso porque, se o *co-venturer* estrangeiro for norte-americano, por exemplo, ou de qualquer outro país que tenha como referencial monetário o dólar (*currency board*), o valor supracitado é bastante pequeno, tendo em conta o câmbio completamente desfavorável, e que vem batendo recordes desde princípios de 1999, oscilando ultimamente entre R\$ 3,00 e R\$ 3,15, o dólar (câmbio comercial). Assim, nos dias de hoje, o faturamento bruto dessa empresa estrangeira, que queira se associar com uma empresa nacional via *joint venture*, não poderia ultrapassar a barreira de U\$129.032.258,06¹¹⁷, faturamento bastante comum, a não ser que comprovadas as eficiências contidas no § 1º do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94.

Com efeito, os parâmetros quantitativos deveriam ser legados à apreciação do CADE de acordo com o caso concreto, tendo em vista os princípios que regem a matéria, assim como o fora feito no § 2º do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94, com base no qual se flexibiliza à autoridade antitruste o encargo de escolher quais dentre as condições

eventualmente ocupados pelos referidos administradores em outras empresas, órgãos públicos, empresas públicas ou sociedades de economia mista." PROENÇA, 2001, p. 137-138. No caso de formação de *joint venture* internacional seria necessário submeter-se à apreciação do CADE, além dos documentos acima

ali previstas devam prevalecer na análise do ato ou contrato submetido ao crivo prévio, bem assim a determinação de se configurado, ou não, o motivo preponderante relativamente à economia nacional e ao bem comum¹¹⁸.

Quanto ao percentual apontado no dispositivo em tela, tem-se que é por demais rigoroso tendo em vista as diferenças existentes entre os diversos mercados relevantes que integram a economia brasileira e mundial. Não se pode olvidar que pode ocorrer de um determinado bem ou serviço não exista no mercado, pelo menos em abundância, de forma que qualquer associação empresarial, por menor que fosse, ocuparia mais do que 20% (vinte por cento) do mercado.

Os números apontados neste parágrafo indicam, unicamente, a necessidade de submissão da *joint venture* em formação à apreciação do CADE, sendo que uma vez comprovada a reunião dos requisitos previstos nos §§ 1º e 2º do artigo 54, deverá ser autorizada^{119,120}.

E – A aprovação das *joint ventures* internacionais que prejudicam a concorrência ou resultam em domínio de mercado relevante

Se é verdade que uma vez praticados pelas *joint ventures* internacionais os atos que, nos termos do *caput* do artigo 54 da lei especial, podem ou efetivamente venham a se caracterizar como infrações à ordem econômica, o CADE tem a competência para desautorizá-los, não é menos verdade que se deles (atos) advierem os resultados previstos

descritos: a cópia do acordo-base elaborado pelos co-venturers, contendo os acordos satélites que o complementarão.

¹⁰⁸ A referida multa não poderá ser imposta se não verificada qualquer infração tipificada no *caput* do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94, tampouco permiti-se que seja prévia, visto que caberá tão-somente após decisão definitiva proferida pelo CADE.

¹⁰⁹ Nesse sentido: CRETELLA JÚNIOR, 1996. p. 14.

¹¹⁰ Sobre a fase de negociação dos contratos internacionais vale a leitura da obra de Maristela Basso, "O direito internacional do comércio", onde a autora analisa com profundidade a problemática da etapa negocial do contrato.

¹¹¹ GAMBARO, 2000. p. 68.

¹¹² Já com a nova redação conferida pela Lei n.º 10.149/2000. A redação original do artigo previa que deveria ser submetido à apreciação do CADE qualquer forma de agrupamento societário que resultasse 30% (trinta por cento) de um mercado relevante, ou da qual fizesse parte empresa com faturamento bruto anual, no último balanço, equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de UFIR's.

¹¹³ Resolução n. 15 do CADE, que regula o exercício do controle prévio, estabelece que a contagem do prazo de 15 dias começa correr no dia em que o primeiro acordo entre as partes seja celebrado, ou no dia em que ocorrer alterações nas relações de concorrência entre os interessados ou pelo menos entre um dos interessados e uma terceira parte.

¹¹⁴ FONSECA, 1995. p. 150.

¹¹⁵ CLARK, 2000. p. 213-214.

¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹⁷ Levando-se em conta a cotação do dólar comercial de R\$ 3,10 – cotação do dia 25.08.2002.

¹¹⁸ Cf., FONSECA, 1995. p. 149-150.

¹¹⁹ Nesse exato sentido, traz-se à baila jurisprudência do CADE, no Ato de Concentração n.º 08012.008895/98-53, em que são interessadas as empresas Columbian Chemicals Company e Copebrás S.A. O voto é de relatoria de João Bosco Leopoldino Fonseca, no qual conclui que, embora existentes os entraves do § 3º do artigo 54, não se trata de caso em que resta prejudicada a concorrência: "O presente Ato de Concentração trata da aquisição pela COLUMBIAN da COPEBRÁS NEGRO DE FUMO S.A. constituída pela empresa COPEBRÁS relativamente à produção e

nos quatro incisos do § 1º do mesmo dispositivo legal, a autoridade antitruste (CADE) não poderá classificá-lo como ilegal, remodelando-o, ou mesmo determinar sua desconstituição¹²¹.

Se, na formação da *joint venture* internacional os agentes econômicos tiverem dentre os seus objetivos o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade dos bens ou serviços por ela produzidos ou prestados, a eficiência e desenvolvimento tecnológico e econômico, bem como a distribuição equitativa desses benefícios entre os participantes do ato e os consumidores, e, por fim, a não-eliminação da concorrência de parte substancial do mercado relevante dos bens e serviços objeto do ato, com observância estrita dos limites necessários a se atingir os objetivos visados, não terá o CADE outra opção senão aprovar-lhe.

Os incisos I a IV do § 1º do artigo 54 estabelecem as diretrizes que deverão conduzir o CADE no exame prévio dos atos jurídicos. Frise-se que as condições impostas pelo inciso I necessitam ser analisadas pelo órgão fiscalizador de forma potencial, em conformidade com os objetivos da empresa consulente. A linguagem do dispositivo supramencionado poderia ser interpretada como colocando para as partes envolvidas na *joint venture* o ônus de demonstrar que a parceria é economicamente benéfica. Na prática, entretanto, o CADE não tem imposto tal ônus, intervindo somente quando conclui que, fazendo-se um balanço dos aspectos positivos e negativos da transação, haveria um significativo prejuízo à concorrência.

Não há dúvidas de que através da constituição de uma *joint venture* internacional o empresário brasileiro busque o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade dos bens e serviços a serem por meio dela produzidos ou prestados, bem assim a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico do país, beneficiando a si mesmo, a seu parceiro empresarial, e aos consumidores finais (inciso I). Resta saber até que ponto a sua criação – da *joint venture* – poderá ser nociva ao mercado e à livre concorrência.

Os critérios da cumulatividade ou alternatividade estão intimamente ligados aos objetivos acima referidos, de forma a se perceber que nunca serão exigidos os três enumerados nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I do § 1º do artigo 54¹²².

comercialização de negro de fumo, via contrato de compra. O Ato de Concentração em questão foi submetido à apreciação deste Colegiado tendo em vista o faturamento mundial da Columbian de R\$ 503.004.000.000,00 (quinhentos e três bilhões e quatro milhões de reais) ser superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e a participação de mais de 20% no mercado relevante enquadrando-se, portanto, no § 3º, do art. 54, da Lei 8884/94. Por todo o acima exposto, resta demonstrado que a realização da aquisição do negócio de negro de fumo da COPEBRÁS pela COLUMBIAN não afetará o mercado relevante. Assim, concluo que, não estando presentes os

Importante, também, que a *joint venture* internacional em criação preserve, tanto quanto possível, o princípio do equilíbrio contratual, objetivando promover o benefício de todos os seus *co-venturers* e do consumidor final (inciso II).

Ademais, indiscutível é a necessidade de preservação do princípio da livre concorrência, bastando o domínio parcial do mercado relevante para que a autorização não seja procedida, porquanto inviável a “eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços” (inciso III).

Outrossim, a *joint venture* em formação não poderá significar ameaça ou abuso de poder econômico, como condição essencial para sua aprovação pelo CADE, visto que deverão ser “observados os limites estritamente necessários para atingir seus objetivos” (inciso IV). Esse último dispositivo carece muito de interpretação subjetiva, já que não trabalha com fatos e números concretos de produção, melhoramento e desenvolvimento.

Cumpra salientar que para fins da Lei n.º 8.884/94, verifica-se o exercício abusivo de posição dominante¹²³ quando uma empresa ou grupo de empresas controlar 20% (vinte por cento)¹²⁴ do mercado relevante, na condição de fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa, conforme preconizado nos §§ 2º e 3º de seu artigo 20.

Na opinião do insigne jurista Modesto Carvalhosa “a dominação é fenômeno de conduta infringente da lei e se caracteriza quando determinado agente, detentor de posição dominante, manobra e maquina sobre o mercado em que atua para impor ou exercer influência nos preços ou na qualidade, quantidade e condições de fornecimento ou estocagem, de maneira a impor aos demais agentes, restrições concorrenciais.”¹²⁵

obstáculos previstos no artigo 54 da Lei nº 8884/94, ou até mesmo, como demonstrado, configurando-se as condições legitimadoras do ato, voto pela aprovação da operação sem restrições, reiterando o ponto de vista de que a apresentação foi intempestiva, deixando-se de aplicar a multa pelos fundamentos já expostos.”

¹²⁰ Decisão no mesmo sentido foi tomada no Ato de Concentração nº 08012.000297/99-07, em que eram requerentes as empresas TCW/Camil Holding L. L. C. e Cooperativa Agrícola Mista Itaquense Ltda.: “ATO DE CONCENTRAÇÃO. aquisição pela TCW Holding L. L. C., de 50% do capital social da empresa Camil Alimentos S/A, pertencentes à Cooperativa Agrícola Mista Itaquense Ltda. Lei 8.884/94 art. 54, § 3º. Apresentação tempestiva. Faturamento do grupo TCW superior a R\$ 400 milhões.

Lembre-se, a posição dominante de *per se* não é proibida pela lei, mas exclusivamente o abuso de seu exercício. Assim, a título de ilustração, colaciona-se o exemplo apontado na obra do autor supracitado, *in verbis*: “o agente que produza um volume de 40% de determinados bens num mercado relevante, tendo como concorrente outros 18 agentes que repartem entre si o restante do mercado não caracteriza em si mesmo, para efeitos de dominação prevista na lei em estudo, ‘dominar mercado’.¹²⁶⁷ Para ele, nessa liderança mercadológica, o agente somente incorreria em ilícito tipificado na lei especial se dominasse os preços e os produtos, abusando de sua posição.

Muito embora reste patente a presença maciça de conceitos subjetivos e indeterminados no comentado artigo 54 da Lei n.º 8.884/94, o fato é que são as condições nele previstas que informam a decisão sobre a autorização ou não para a constituição da *joint venture*, com base na qual os empresários de países distintos visam a realização de empreendimento ou projeto conjunto. Isto é, uma vez atendidas as “eficiências” enunciadas no § 1º, a autoridade antitruste brasileira¹²⁷ deverá autorizar a prática de atos restritivos da concorrência¹²⁸.

Sempre que o CADE aprovar ato que de qualquer forma seja prejudicial ou restritivo à concorrência, porquanto verificadas, no caso concreto, as “eficiências” do § 1º do artigo 54 da lei especial, deverá definir os termos do compromisso de desempenho a ser firmado pelos contratantes do ato, em conformidade com o artigo 58.

Mercado nacional de arroz e feijão. Empresa adquirente não atuava no mercado nacional de arroz e feijão. Inexistência de efeitos de concentração horizontal ou integração vertical. Operação aprovada sem restrições.”

¹²¹ Nesse sentido MAGALHÃES, José Carlos, SAMPAIO, Onofre Carlos de Arruda. A concentração de empresas e a competência do CADE. Revista de Informações Legislativas, Brasília, n.º 140, 1998. p.112.

¹²² Alfredo Lupatelli Júnior e Eliane Maria Octaviano Martins entendem que o critério adotado é o da razoabilidade, a exemplo da Comunidade Européia (LUPATELLI JÚNIOR, MARTINS, 1999. p. 182). Esta opinião é confrontada por Eros Roberto Grau e Paula Forgioni que, acertadamente, afirmam que a regra da razão não é aplicável ao sistema brasileiro para fins de descaracterizar a infração à ordem tributária, determinando-se a submissão de qualquer ato que reflita restrição à concorrência à apreciação do CADE para que não acarrete a aplicação das sanções previstas em lei. GRAU, FORGIONI, 1998. p. 121.

¹²³ Sobre o abuso de posição dominante de mercado, recomenda-se o artigo, de mesmo título, escrito pelo notável Modesto Carvalhosa, que, com a clareza e brilhantismo que lhe são peculiares, exaure a matéria. CARVALHOSA, Modesto. O abuso de posição dominante de mercado na Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. Revista Jurídica de Osasco, Osasco, v.3, p. 45-52, 1996.

¹²⁴ Percentual reduzido de 30% (trinta por cento) para 20% (vinte por cento) pela Medida Provisória n.º 542, de 30 de junho de 1994.

¹²⁵ CARVALHOSA, 1996. p. 51.

¹²⁶ CARVALHOSA, 1996. p. 50

¹²⁷ Conforme jurisprudência do CADE, mais uma vez em voto da lavra de João Bosco Leopoldino Fonseca, mesmo havendo concentração de mais de 20% de mercado relevante, a *joint venture* deve ser aprovada quando preencher as eficiências constantes do § 1º do artigo 54 da Lei Antitruste. Esta foi a decisão no Ato de Concentração n.º 08012.008109/98-08, em que eram requerentes as empresas Chevron Chemical Company LLC, Chevron do Brasil Ltda. e Exxon Corporation: “A Exxon Corporation e a Shell apresentaram a nível mundial a proposta de constituição de *joint-venture*. Houve preocupação das autoridades antitruste dos EUA e da Europa justamente no que se refere ao mercado de aditivos VII. Conforme relatório da FTC, “o efeito desta *joint-venture*, se consumado, levaria à diminuição de competição e tenderia a criar um monopólio no mercado relevante violando,

Ao suportar as práticas anticoncorrenciais, desde que preenchidas as condições dos § 1º do artigo 54, a Lei Antitruste brasileira afasta, implicitamente, a *per se condemnation theory*¹²⁹ da legislação americana, familiarizando-se mais com o sistema europeu que adota a “teoria do abuso”¹³⁰.

Com relação ao § 2º anteriormente mencionado, reflete a aprovação excepcional de determinados atos, pelo CADE no exercício de seu crivo prévio, sem que a satisfação de uma das condições estabelecidas nos incisos I, II, III e IV do artigo 54 seja comprovada. No entanto, cumulativamente, o CADE, na apreciação do ato de concentração, deve levar em conta os “motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum” que o inspirou e que podem estar suportados por critérios de conveniência e de oportunidade, desde que, é claro, não prejudique o consumidor ou usuário final.

Verificadas, então, pelo menos três das quatro condições estabelecidas, a autarquia não poderá considerar o ato irregular, devendo autorizá-lo se necessário à economia nacional e ao bem comum. Se necessário ao bem-comum seguramente não atentarà aos interesses dos consumidores e usuários finais, o que seria um contrassenso. Outrossim, como já se disse no decorrer deste trabalho, muito dificilmente a realização de atos de concentração não venha a prejudicar, de qualquer forma, o interesse dos consumidores, o que torna ainda mais árdua a tarefa do CADE em decidir, conforme as peculiaridades de cada caso, pela aprovação ou não do ato ou contrato.

F – As caminho adotado pelo CADE na tomada de decisões e a definição de mercado relevante

Ao tomar suas decisões, o CADE aplica a tradicional forma de análise de atos de concentração econômica também adotado nos Estados Unidos e União Européia, com diferenças condizentes com as peculiaridades de cada sistema, obviamente. Em 1999, a SEAE publicou um guia dos aspectos a ser considerados pela autoridade antitruste na tomada de decisões, semelhante as “Horizontal Merger Guidelines” americanas. Os cinco passos (“guidelines”) descritos a seguir são comumente levados em consideração pelo CADE ao analisar uma *joint venture* internacional, sem prejuízo de outros que poderão surgir dependendo do caso concreto:

- definição do mercado relevante geográfico;
- determinação de concentração e parcelas de mercado;
- exame das condições para o exercício de poder de mercado;
- consideração dos benefícios econômicos da transação (“eficiências”);
- avaliação dos efeitos da transação sob o ponto de vista social.

portanto, a Seção 7 do Clayton Act e a Seção 5 do FTC Act, da seguinte forma: 1) eliminando atual, direta e substancial competição entre a Exxon Chemical Company, Shell Petroleum Company Limited

A metodologia utilizada para a determinação do produto relevante e mercado geográfico no guia descrito acima é baseado na substituição, pelos consumidores, em resposta a uma mudança hipotética no preço dos produtos. Num segundo passo, o guia descreve parâmetros e medidas para determinar níveis de concentração que considera a possibilidade de exercício de poder de mercado: (a) por uma empresa unilateralmente, quando essa empresa tem pelo menos 20% de parcela do mercado; ou (b) através de coordenação de empresas, quando a proporção de concentração de quatro empresas é de pelo menos 75%. Se a concentração de mercado exceder um dos dois parâmetros o terceiro passo será acionado, no qual considerações sobre condições de mercado relacionadas com a possibilidade de exercício de poder de mercado será feita. As condições incluem a oportunidade de crescimento de importação, condições de entrada no mercado, e fatores que facilitem a coordenação entre rivais. Se questões concorrenciais persistirem, a análise procede com a consideração das chamadas “eficiências” que a transação possa gerar (quarto passo) e, finalmente, com a avaliação dos efeitos econômicos do negócio visado¹³¹.

Como visto, o primeiro e decisivo passo na tomada de decisões pelo CADE é a definição do mercado relevante. O termo é de elástica definição, pois, conforme sustenta a grande maioria dos autores “derivará de uma somatória que isole, inicialmente, o bem a ser analisado, comparando-o em termos territoriais, produção e venda, tendo em vista o § 1º do próprio artigo 20 desta lei, sob pena de uma desmotivação à empresa séria e plena de trabalhadores capacitados.^{132”}

Sem sua definição resta impossível a verificação da incidência de qualquer das hipóteses previstas nos incisos do artigo 20 ou no *caput* do artigo 54, porquanto só é possível verificar-se à restrição de concorrência, domínio de mercado ou abuso de posição dominante, concretamente, se referidas a um determinado mercado.

Por “mercado relevante” entende-se, dentre outras definições, aquele no qual se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado¹³³. Benjamin Shieber, ao comentar o diploma legal (Lei n.º 4.137/62) que anteceder a atual Lei Antitruste, sugere definição de mercado relevante, extraída do contexto jurisprudencial, como sendo: “composto de produtos que razoavelmente

e Shell Oil Company no mercado relevante, 2) aumentando a possibilidade ou facilitando a colusão entre a joint-venture e competidores remanescentes, 3) aumentando a possibilidade de que consumidores do aditivo VII tenham que pagar altos preços, 4) reduzindo inovação, qualidade, serviço e avaliação do produto no mercado relevante e 5) entrada de um novo competidor não ocorreria em tempo hábil, provável ou suficiente de tal forma que compense a perda de competição ocasionada pela joint-venture”. O Ato de Concentração em questão foi submetido à apreciação deste Colegiado em virtude do percentual de participação da Requerente, por ser superior aos 20% previstos na Lei 8.884/94. Em virtude do exposto e considerando as eficiências decorrentes da operação em questão, decido pela sua aprovação, sem restrições. É o voto.”

¹²⁸ Cf. GRAU, FORGIONI, 1988, p. 115.

¹²⁹ Teoria calcada no artigo 1º do Sherman Act norte-americano. Significa que, independentemente da análise das circunstâncias que cercam o caso concreto, será automaticamente aplicada a sanção prevista em lei ao contrato ou ajuste que restringe o comércio ou a indústria entre os Estados daquele país. Como forma de amenizar a inflexibilidade de sua legislação antitruste, a Suprema Corte americana tem recorrido a regra da razão (rule of reason), segundo a qual o artigo 1º

podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos – levando em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles¹³⁴.”

A doutrina é quase uníssona¹³⁵ em afirmar que a determinação de mercado relevante requer conjugação de dois elementos complementares e inseparáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material (ou do produto)¹³⁶.

O mercado relevante geográfico seria a área onde se verifica a concorrência relacionada à atividade a que se atribui características restritivas, devendo ser considerados, para a sua delimitação, os seguintes aspectos: a) hábitos dos consumidores; b) incidência de custos de transporte; c) características do produto; d) incentivos de autoridades locais; e, e) existência de barreiras à entrada de novos agentes econômicos no mercado¹³⁷.

De outra banda, o mercado relevante material seria aquele no qual, tendo como base o bem ou serviço que fornece, o agente econômico enfrenta a concorrência. Paula A. Forgioni¹³⁸, em obra já inúmeras vezes citada, argumenta com a tendência mundial verificada por parte das autoridades antitruste em limitar cada vez mais a extensão dos mercados relevantes materiais, para fins de “caracterizar, com maior profundidade, a posição dominante do agente econômico; potencializar os efeitos anticompetitivos de uma determinada prática; e impedir que as práticas sejam tomadas como *minor agreements* (ou acordos de pouca relevância), isentos de obrigação de comunicação ou de pedidos de isenções ou autorizações às autoridades antitruste (como poderia ocorrer, p. ex., no caso do § 3.º do art. 54 da Lei 8.884/94).”¹³⁹ Com base no ora exposto, percebe que a fixação de conceitos e definições de mercados relevantes, nos quais atuam as *joint ventures*, configura-se estratégia utilizada pelo CADE, em sua atuação, para adequar suas decisões à concretização da política econômica.

G – Revisão e efeitos jurídicos das decisões tomadas pelo CADE

Admitindo-se que a decisão proferida pelo Plenário do CADE seja feita no prazo legal, obviamente duas poderão ser as hipóteses em relação à pretensão dos empresários que objetivam a formação da *joint venture* internacional: a de seu deferimento e a de seu indeferimento.

Os efeitos da decisão indeferitória, ou seja, aquela que nega aprovação ao ato submetido ao crivo prévio do CADE, são tratados no § 9º do artigo 54, que dispõe: “Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não-aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessão parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.”

supramencionado não incidirá quando verificado que a prática restritiva acarreta prejuízo razoável

Assim sendo, uma vez não aprovada a *joint venture* levada à apreciação do CADE, a decisão por este proferida retroagirá ao início da prática dos atos por aquela realizados, obviamente, em condição resolutiva (§ 7º do artigo 54), estabelecendo-se, mediante qualquer das formas apontadas no dispositivo, o *status quo ante*. Os atos realizados pela *joint venture* sob condição resolutiva, em caso de decisão desfavorável do CADE, não são considerados práticas infracionais, a ponto de não serem impostas punições ao requerente. Isso não quer dizer, entretanto, que não estejam os agentes econômicos que regularmente praticaram os atos enquanto o feito tramitava no CADE, sujeitos à indenizar os terceiros prejudicados, responsabilidade esta que deverá ser verificada em Juízo.

A desconstituição do ato poderá ser total ou parcial, dependendo do caso concreto e dos prejuízos causados à livre concorrência, aos consumidores, ou à economia nacional, sempre tendo-se como norte o objetivo precípuo de evitar, sanar ou interromper os danos econômicos sentidos pela sociedade em geral.

Acaso sobrevivendo o indeferimento do ato levado à apreciação preliminar do CADE, a decisão somente poderá ser revista na esfera judicial¹⁴⁰, haja vista que o artigo 50 da Lei n.º 8.884/94 estabelece que as decisões desta autarquia federal não comportam revisão na esfera administrativa. As decisões deferitórias do contrato de *joint venture*, no entanto, poderão ser revistas de ofício ou a requerimento da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, se baseadas em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, ou em caso de ocorrer descumprimento de obrigações assumidas por ocasião da aprovação, ou ainda quando não forem alcançados os benefícios visados – artigo 55 da Lei n.º 8.884/94.

Saliente-se que se o CADE rejeitar a aprovação de determinado ato, por considerá-lo prejudicial ou restritivo à concorrência, ou mesmo por entender que dele resultará dominação de mercado relevante, deverá examinar o cabimento de instauração de processo administrativo para investigação de infrações contra a ordem econômica, porventura praticadas, ainda que o ato tenha sido celebrado sob condição suspensiva, tendo em vista os objetivos visados – artigo 20 da lei de proteção à concorrência.

à concorrência. Foi essa a decisão tomada no leading case *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States of America*. Cf. GRAU, FORGIONI, 1988. p. 103.

¹³⁰ Nesse sentido, FONSECA, 1995. p. 143-146.

¹³¹ A aplicação do procedimento indicado pelo guia formulado pela SEAE tomou maior repercussão nas decisões dos casos *Colgate-Kolynos* e *Mahle-Metal Leve* pelo CADE.

¹³² POPP, ABDALA, 1994. p. 73.

¹³³ FORGIONI, 1998. p. 200.

¹³⁴ Conceito de dominação dos mercados nacionais na Lei Antitruste. Apud FONSECA, 1995. p. 91.

Da análise do controle prévio realizado pelo CADE quando da formação das *joint ventures* internacionais, nos termos do artigo 54 da Lei Antitruste nacional, tem-se que a decisão indeferitória do acordo empresarial não está calcada na efetiva existência de abuso do poder econômico, senão que implicitamente significa dizer que a experiência demonstra que determinada soma de poder centralizado nas mãos de apenas uma empresa redundará em abuso do poder econômico, materializado na manipulação do mercado de acordo com suas necessidades e/ou ambições que, por sua vez, podem ser nefastas a toda ordem econômica e a seus competidores.

IV - A defesa dos consumidores e a Lei n.º 8.884/94

Muito embora a defesa dos consumidores seja objeto de tutela em lei específica e própria - o Código de Defesa dos Consumidores - também configura-se em princípio constitucional consagrado no inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal, no mesmo nível do princípio da livre concorrência (inciso V do mesmo dispositivo constitucional), sendo ambos limitadores da liberdade de iniciativa e da autonomia da vontade¹⁴¹.

Na livre concorrência está garantido o estabelecimento de regras para que o consumidor não seja explorado por produtos inadequados, impossíveis de ser aceitos em economia de livre mercado, regras estas que concorrem para que as empresas desenvolvam ou ofereçam o melhor produto ou serviço pelo menor preço, com a qualidade e garantia que a propaganda anunciar¹⁴².

Nessa linha de raciocínio, é verdadeiro afirmar que “a concorrência é entendida como a disputa de agentes econômicos para a satisfação da escolha de um cliente ou adquirente de produtos.”¹⁴³

Na Lei n.º 8.884/94, vem a defesa do consumidor calcada no artigo 20, inciso III, que coíbe o aumento arbitrário de lucros por parte do agente econômico, bem assim no inciso II do artigo 54, que determina sejam distribuídos eqüitativamente os benefícios previstos no inciso I, entre os produtores e os consumidores. Vê-se, outrossim, abrigado o princípio da defesa dos consumidores pela parte final do § 2º do artigo 54 da

¹³⁵ Nesse sentido: COELHO, Fábio Ulhoa, 1995. p. 58; PROENÇA, José Marcelo Martins, 2001. p. 116; FORGIONI, 1998. p. 201; SANTOS, Antônio Carlos, GONÇALVES, Maria Eduarda, e MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito Econômico. Coimbra: Almedina, 1991. p. 393; FRANCESCHINI, José Inácio Ganzaga. Introdução ao direito da concorrência. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 32.

¹³⁶ Da mesma forma entende o CADE, conforme denota-se da decisão proferida no processo administrativo 31/92: “O mercado relevante é o espaço da concorrência. Diz respeito aos diversos produtos ou serviços que concorrem entre si, em determinada área, em razão de sua substitutibilidade naquela área. Sua definição se faz necessária, in casu, tanto em termos geográficos quanto em relação ao serviço.”

¹³⁷ Nesse sentido, FORGIONI, 1998. p. 205-207.

¹³⁸ Para maior aprofundamento sobre a matéria, recomenda-se a leitura da obra de Paula Forgioni, que inclusive cita diversas delimitações de mercados relevantes materiais, ilustrando melhor o tema. FORGIONI, 1998. p. 207-216.

¹³⁹ FORGIONI, 1998. p. 215.

lei em comento, que trata da aprovação excepcional, condicionando-a a inexistência de prejuízos aos consumidores e usuários finais.

À primeira vista, é de se estranhar a repressão ao aumento arbitrário dos lucros por considera-lo infração à ordem econômica, já que vai de encontro aos interesses do mercado que, do contrário, deste beneficia-se pelo aumento do grau de competitividade em determinado mercado relevante. O alcance de altos lucros é indicador de concorrência potencial, portanto lícita e saudável, que atrai os agentes econômicos estimulados pela possibilidade de recompensa, tornando, por conseguinte, a concorrência potencial efetiva. Assim sendo, outra interpretação não há para o referido dispositivo legal senão aquela que diz com o objetivo precípua de proteção ao consumidor¹⁴⁴.

O aumento arbitrário dos lucros, para ser configurado, prescinde de eventual abuso de posição dominante exercido pelo mesmo agente econômico, já que tratadas, essas formas de infração à ordem econômica, separadamente no artigo 20 da lei em comento.

Para Paula A. Forgioni¹⁴⁵, quando os especialistas em “direito antitruste” fazem referência à proteção dos consumidores, fazem-no tendo em vista os adquirentes dos produtos ou serviços, independentemente de que sejam consumidores finais ou não.

Tal interpretação tem gerado muita polêmica entre aqueles que se dedicam especificamente ao estudo do “direito do consumidor”¹⁴⁶. Isso porque, segundo os especialistas nas relações de consumo, a amplitude do conceito jurídico de consumidor pode transformar-se em óbice até mesmo para o desenvolvimento desta nova área do Direito, pois, em assim sendo, o conceito em questão pode confundir-se com seu similar econômico, não havendo por que se tutelar de forma especial aos consumidores, já que todos, inclusive as empresas produtoras, o seriam¹⁴⁷.

¹⁴⁰ A possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas pelo CADE é matéria de trabalho específico que não guarda compatibilidade com o objeto do presente trabalho, qual seja a formação das joint ventures internacionais conforme a Lei Antitruste brasileira. Para aprofundamento acerca do tema sugere-se a leitura do capítulo referente a possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos, nas obras de Hely Lopes Meirelles (Estudos e pareceres de direito público, 1992); Sérgio Varella Brunna (O poder econômico e a conceituação do abuso em seu exercício, 1997); José Júlio Borges da Fonseca (Direito antitruste e regime das concentrações empresariais, 1997); Walter Douglas Stuber e Lionel Pimentel Nobre (Atuação do CADE no Brasil); Tércio Sampaio Ferraz Júnior (Discricionariedade nas decisões do CADE sobre atos de concentração).

¹⁴¹ Esclarecedores são os ensinamentos de Cláudia Lima Marques sobre a limitação à autonomia da vontade em face do Código de Defesa do Consumidor. Vale a transcrição de parte de sua obra,

in verbis: “No Brasil, essa intervenção estatal nas relações de consumo deu-se especialmente através da imposição pelo novo CDC, de normas imperativas. Estas normas cogentes (art. 1.º, CODECON), em matéria contratual, limitam o espaço antes reservado para a autonomia da vontade, impondo deveres aos elaboradores dos contratos, criando novos direitos para os consumidores e tutelando determinadas expectativas dos contraentes, oriundas da sua confiança no vínculo contratual. MARQUES, Cláudia Lima. Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais. Revista do Direito do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 1992. p. 32.

Em realidade, o conceito jurídico de consumidor é dado pela Lei n.º 8.078/90 que, em seu artigo 2º refere: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”¹⁴⁸

O conceito¹⁴⁹ adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, com razão, tem caráter finalista, fático-econômico.

Uma das maiores autoridades na matéria, senão a maior, define a questão com maestria, colocando-lhe um ponto final. Na abalizada opinião da Doutora Cláudia Lima Marques, a interpretação conferida ao conceito jurídico de consumidor jamais poderá ser maximilista, mas essencialmente finalista, reconhecendo-se o destinatário final mediante uma análise fático-econômica do caso concreto. Cumpre transcrever o trecho de sua obra, de contribuição imensurável, no qual ensina com propriedade:

“Segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção de novos benefícios econômicos (lucros), o bem estaria sendo transformado novamente, usado como instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.”¹⁵⁰

O consumo é uma das atividades mais praticadas e difundidas no mundo todo, incidindo em grande parte dos atos praticados pelas pessoas, razão pela qual torna-se impossível de imaginar o âmbito de aplicação do “direito do consumidor”. Em assim sendo, a defesa e proteção jurídica do consumidor mostra-se tema de tamanha magnitude que atinge a quase todos os setores do ordenamento jurídico¹⁵¹, justificando-se sua tutela em lei especial.

¹⁴² MARTINS, Ives Gandra da Silva. Direito Constitucional Econômico. Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, São Paulo, v. 18, 1997.p. 232.

¹⁴³ SILVEIRA, Paulo Antônio Caliendo V. da. Defesa da Concorrência no Mercosul. São Paulo: Ltr, 1998. p. 47.

¹⁴⁴Nesse sentido, FORGIONI, 1998. p. 235.

¹⁴⁵ FORGIONI, 1998. p. 236.

¹⁴⁶ Cláudia Lima Marques, especialista que é no assunto, adota a teoria finalista no conceito de consumidor, também utilizada na Alemanha. Para a insigne autora, a definição finalista, ou restritiva, traz em seu bojo as características de consumidor mais aceitas no âmbito internacional, quais seja,; “a de sua não-profissionalidade, de pessoa física (a relembra o uso familiar, coletivo ou pessoal dos produtos e serviços adquiridos ou usados), de contratante ou participe de um negócio jurídico visando produtos e serviços.” MARQUES, Cláudia Lima. Normas de proteção ao consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil alemão de 1896. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.4, 2000. p. 78.

¹⁴⁷Antônio Herman V. Benjamin (O conceito jurídico de consumidor) e Toshio Mukai (Comentários ao Código de Proteção do Consumidor), apud POPP, ABDALA, 1994. p. 31.

¹⁴⁸Parágrafo Único: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.”

¹⁴⁹Sobre o tema, Eros Roberto Grau discorre: “há de ser esboçado a partir da verificação de que, adotando, os mercados, formas assimétricas, consumidor é, em regra, aquele que se encontra em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de

A magnitude do direito do consumidor é revelado, também, pelo fato de que mesmo os contratos regulados por leis especiais são subordinados às normas gerais do Código de Defesa do Consumidor, em face do caráter de ordem pública interna constitucional que estas assumem, nos termos do artigo 1º da Lei n.º 8.078/90¹⁵². Sua aplicação *incontinenti* se dá pela superioridade que possuem as regras de defesa do consumidor sobre outras leis, não importando os critérios de anterioridade e especialização¹⁵³.

É justamente por isso que a defesa dos consumidores serve, juntamente com os outros princípios que regem a ordem econômica, como parâmetro de aplicação da Lei Antitruste, conforme se depreende do seu artigo 1º.

Trata-se, a defesa dos consumidores, de princípio constitucional impositivo que cumpre duas funções: a de instrumento de realização do fim de assegurar a todos existência digna, e de objetivo particular a ser alcançado, sendo que neste último sentido “assume feição de diretriz - norma-objetivo - dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas¹⁵⁴.”

Da análise do Código de Defesa do Consumidor chega-se à conclusão de que sua natureza de lei protetora de um grupo social específico está calcada em três fundamentos principais: a sua origem constitucional, sua definição como norma de ordem pública e sua caracterização como norma de interesse social¹⁵⁵. Em se tratando de normas de ordem pública¹⁵⁶, são indisponíveis à vontade das parte.

Dois são os princípios contidos no Código de Defesa do Consumidor¹⁵⁷ que asseguram os direitos aos consumidores: o princípio da boa-fé e o princípio da confiança¹⁵⁸. São eles “os paradigmas de conduta que efetivam o respeito aos direitos do consumidor¹⁵⁹.”

A intervenção estatal, fiscalizadora e repressora, na economia é necessária sempre que configurado o monopólio natural de atividade econômica de produção de bens ou serviços, para fins de evitar que a função reguladora de preços e fornecimentos seja exercida exclusivamente por e em proveito daqueles que detêm o poder econômico,

consumo. Essa concepção tem a virtude, ademais, de bem adaptar as situações de consumo e de fruição, esta como aquela na qual se coloca o ‘usuário’ (contemplativo) do patrimônio histórico-artístico-natural.” GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1998. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 274.

¹⁵⁰MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 67.

¹⁵¹Nesse sentido: DONATO, Maria Antonieta Zanardo. Proteção ao consumidor - conceito e extensão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 33.

¹⁵² Cf. MARQUES, 1992. p. 97. A renomada autora exemplifica: “O espírito protetor do CDC exige que suas normas sobre cláusulas abusivas, por exemplo, sejam aplicadas para anular cláusula presente em contrato de transporte aéreo, que exclui o direito de indenização do consumidor por vícios ou fato do serviço, mesmo que tal cláusula fosse permitida pela Lei específica, Lei 7.656, de 19 de dezembro de 1986. O caso é basilar, pois a autonomia de vontade antes assegurada e protegida em lei, foi afastada por norma de ordem pública, posterior e com fins sociais.”

resguardando, na medida do possível, os consumidores e a sociedade em geral de eventuais prejuízos que venham a sofrer em decorrência da prática desleal.

Nos Estados Unidos, país cuja legislação antitruste tem por finalidade precípua a livre concorrência dentro da ordem econômica, não se encontram dispositivos semelhantes ao inciso III do artigo 20 da Lei n.º 8.884/94 e § 1º do artigo 86 do Tratado da União Européia (Maastricht). Pelo sistema norte-americano, não há qualquer interesse jurídico na repressão ao lucro abusivo.

Isso não quer dizer, porém, que a legislação norte-americana não almeje, de qualquer forma, a proteção dos interesses dos consumidores, principalmente tendo em vista sua aplicação à uma população extremamente consumidora. Em realidade o faz, contudo de maneira indireta, mediante a proteção da livre concorrência¹⁶⁰.

A autoridade antitruste, deve, portanto, atentar para a distinção entre os objetivos das leis brasileira e norte-americana, mormente para evitar a transposição de princípios, institutos e jurisprudência que, pertencendo a realidades e culturas quase que antagônicas, não são compatíveis entre si, devendo ser-lhes atribuídas interpretações que se coadunam com os valores (interpretação axiológica) e finalidades (interpretação teleológica) que orientam os respectivos ordenamentos jurídicos¹⁶¹.

Obviamente não se pode comparar um e outro sistema à míngua das diferenças sócio-econômico-culturais existentes entre Brasil e Europa, de um lado, e os Estados Unidos de outro. No entanto, não há como se negar as virtudes da legislação norte-americana que, tendo como objetivo principal a defesa da livre concorrência, estimula a vantagem competitiva dos agentes econômicos, gerando benefícios para os consumidores em geral e para a economia mais forte do mundo. E mais, nesse sistema, aqueles que abusarem dos preços, sobremaneira, serão tirados da concorrência naturalmente pela população que, esclarecida, não mais procurará seus produtos e serviços. A questão é de educação e informação sobre os direitos inerentes aos consumidores; e é nesse sentido que o Brasil tem de trabalhar.

V – Conclusão

A hodierna e crescente internacionalização da economia, ocasionada principalmente pela redução das barreiras ao comércio exterior, pela rapidez do avanço tecnológico e pelo amplo acesso à comunicação, torna quase que inviável a atuação

¹⁵³ Cf. Cláudia Lima Marques. O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o Mercosul. Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 103. Para a autora, "o caráter de ordem pública da norma em estudo é também importante porque a destaca hierarquicamente. Também no Brasil, as antinomias entre as normas do sistema (por exemplo, normas civis e normas comerciais, normas especiais para determinadas atividades econômicas e normas gerais, leis especiais para determinados contratos, como leasing, locação, alienação fiduciária, contratos bancários etc, e regras gerais sobre contratos) resolvem-se com base nos três critérios clássicos: anterioridade, especialidade e hierarquia. Sendo que, em caso de conflito entre critérios (lei geral posterior e lei especial anterior, por exemplo), a hierarquia pode ser o critério definidor usado pelo juiz." p. 103.

¹⁵⁴Cf., GRAU, 2001. p. 272 - citando Canotilho e Dworkin.

¹⁵⁵ Nesses termos: MARQUES, 1994. p. 100.

¹⁵⁶ O artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor defini suas próprias normas como sendo de ordem pública. Reza o supracitado artigo: "Art. 1.º O presente Código estabelece normas de proteção

empresarial, num mercado extremamente concorrido, para aqueles que não acompanharem o desenvolvimento industrial mundial.

Nesse contexto surgem as *joint ventures*, “expressão utilizada na linguagem comercial para aludir a qualquer acordo empresarial, para realização de projeto específico, independentemente da forma jurídica adotada.¹⁶²⁹”

Evidentes são as vantagens obtidas pelos agentes econômicos que se utilizam dessa forma associativa para implementação de negócios ou projetos conjuntos, em face, antes de mais nada, de sua enorme flexibilidade. Em realidade, tanto a empresa estrangeira, como a empresa local, bem assim o próprio país hospedeiro gozam dos benefícios que esta modalidade jurídica atual de parceria empresarial proporciona.

Muito embora patente os benefícios supracitados, no momento da formação ou constituição das *joint ventures* internacionais, principalmente as de grande porte, devem ser observadas as repercussões destas parcerias para a ordem econômica interna, onde atuará, tendo-se como parâmetro a proteção da livre concorrência e defesa do consumidor, princípios consagrados pela Constituição Federal e que regem a própria economia nacional.

Destarte, objetivando-se evitar que abusos do poder econômico sejam praticados pelos agentes econômicos, na forma de dominação de mercado relevante ou eliminação da concorrência, determinadas *joint ventures* internacionais, antes mesmo de iniciar sua regular operacionalização, devem ser submetidas ao crivo prévio da autoridade antitruste para que esta análise, sob a égide concorrencial da Lei 8.884/94, as implicações do ato objetivado para a ordem econômica nacional.

Buscou-se, via de conseqüência, no presente trabalho, abordar a atuação do CADE e dos próprios agentes econômicos, quando da formação das *joint ventures* internacionais, e criticar, mais especificamente, as disposições e condições estabelecidas no artigo 54 da Lei Antitruste brasileira, que trata do controle dos atos e contratos e a forma na qual se procede, chegando-se às conclusões a seguir articuladas em ordem de exposição:

1. Nem toda a *joint venture* internacional necessita ser submetida ao crivo prévio do CADE, mas somente aquelas mediante as quais se visa a concentração econômica e vislumbra-se possível o prejuízo à livre concorrência, ou que possa resultar em dominação de mercado relevante. No entanto, prevalecendo a dúvida por parte dos *co-venturers*, recomenda-se sejam lançadas ao controle prévio da autoridade antitruste, sob pena de incorrerem em pesada multa pecuniária, pelo atraso na apresentação do contrato para exame, sem prejuízo da instauração de processo administrativo para apuração de infração contra a ordem econômica. Até mesmo porque, sob condição resolutiva poderão dar início as suas atividades, submetendo-se, é claro, à responsabilização frente terceiros acaso o ato venha a ser reprovado pelo CADE.

2. Toda a *joint venture* internacional que resultar na participação de 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou que tenha como um de seus partícipes empresa com faturamento bruto anual, no último exercício, equivalente a 400.000.000 (quatrocentos

milhões) de reais, deverá ser encaminhada, necessariamente, ao exame prévio do CADE, nos termos do § 3º do artigo 54, supramencionado. Isso não quer dizer, no entanto, que não possam ser aprovadas, conforme demonstrado pela jurisprudência colacionada, da própria autoridade antitruste.

3. São os próprios agentes econômicos, terminada a fase de negociação da *joint venture* internacional e excetuando-se os casos do § 3º do artigo 54, societária ou contratual, que, analisando concretamente os efeitos jurídicos potenciais ou efetivos da transação ou negócio, decidirão, então, pela necessidade, ou não, de submeter-se à aprovação prévia e administrativa do CADE.

4. As *joint ventures* internacionais que satisfaçam as condições, também chamadas de eficiências, previstas nos § 1º do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94, ainda que de qualquer forma sejam restritivas à concorrência, deverão ser aprovadas. Assim, se na formação da *joint venture* internacional os agentes econômicos tiverem dentre os seus objetivos, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade dos bens ou serviços por ela produzidos ou prestados, a eficiência e desenvolvimento tecnológico e econômico, bem como a distribuição equitativa desses benefícios entre os participantes do ato e os consumidores, e, por fim, a não-eliminação de parte substancial do mercado relevante dos bens e serviços objeto do ato, com observância estrita dos limites necessários a se atingir os objetivos visados, não terá o CADE outra opção senão aprovar-lhe.

5. Por ocasião do vencimento do prazo de 60 dias conferido ao CADE para apreciação do ato ou contrato que lhe é submetido ao crivo prévio, será automaticamente aprovada a *joint venture* internacional. Uma vez aprovado automaticamente o ato por decurso do prazo, torna-se impossível a revisão da aprovação, uma vez que, se possível fosse, tornar-se-ia ineficaz a parte final do preceito contido no § 7º do artigo 54 da Lei n.º 8.884/94.

6. Com relação a questão institucional, é verdadeiro dizer que o envolvimento de três agências, independentes, na análise dos efeitos concorrenciais de transações submetidas ao crivo prévio tornam o procedimento um tanto quanto complexo para advogados, negociantes e para as próprias autoridades que podem divergir quanto as decisões tomadas. Outrossim, o curto mandato dos Conselheiros responsáveis pela coordenação do controle prévio gera insegurança quanto aos profissionalismo, eficiência e independência da autoridade antitruste.

7. Tendo em vista o aspecto conceitual, a legislação concorrenciais é viciada por inúmeros dispositivos considerados vagos, sendo que não foi, até o momento, estabelecido e providenciado um guia mais detalhado para de aplicação que facilitasse o desenvolvimento das atividades da agência competente. O principal problema se verifica na falta de parâmetros para definição de mercados relevantes, porquanto não existe fórmula para estabelecer as

parcelas de mercado e níveis de concentração econômica. Conseqüência disso, incertezas quanto a necessidade de notificação de algumas *joint ventures* internacionais ao CADE aparecem as partes envolvidas na transação.

8. Tal subjetivismo excessivo verificado no diploma legal em comento é prejudicial aos interesses maiores do desenvolvimento econômico e da justiça social, porquanto inviabiliza uma atuação mais adequada e juridicamente segura da autoridade antitruste na aplicação da lei ao caso concreto. Isso porque a falta de parâmetros predeterminados, pode acarretar erros na aplicação da lei que, se não prejudicam a própria economia nacional quando se deixa de aprovar determinada *joint venture* internacional benéfica aos interesses brasileiros, podem limitar ou restringir a livre concorrência, como no caso de aprovação de ato que deveria ser reprovado, lesando, via de conseqüência, os consumidores.

9. Em respeito ao aspecto substancial, algumas questões surgem da análise da dispositivo legal que dispõe sobre a notificação obrigatória (artigo 54, § 3º, da Lei n. 8.888/94). Os parâmetros quantitativos contidos na referida norma pode forçar que as partes envolvidas em *joint venture* de pequenas proporções, não restritiva à concorrência, tenham de submeter-se ao controle prévio do CADE, incorrendo, portanto, em despesas desnecessárias e tendo de esperar um grande período de tempo até que possam começar operar o negócio visado com o nível de segurança ideal para transações internacionais. O problema poderia ser resolvido com a imposição de limites no parâmetro de receitas para incluir tão-somente as receitas geradas e obtidas em território brasileiro, assim como através da inclusão de um mínimo de receita a ser alcançado pela outra parte envolvida na parceria.

Harmonisation of European Taxation*

Professor Dr. Gerhard Laule, Rechtsanwalt und
Steuerberater, Frankfurt/Main

1. Introduction

The basis for the harmonisation of taxes in the European Union with its 15 member states must be derivable from the Treaty Establishing the European Economic Community (EC Treaty; ECT), as amended by the Amsterdam Treaty 1997/98, which lays down the tasks of the organs of the EU - principally the Council, the Commission and the European Court of Justice (ECJ). All organs are subject to the principle of limited or enumerative (individual) competence¹. The Community may take only such measures as are remitted to it by the Treaty. The community does not, therefore, have competence, i.e. the power to independently set its own tasks and authority without restriction².

Arts. 2 and 3 ECT are the starting points for tax harmonisation. According to Art. 2 ECT, the EU establishes a common market characterised by

* The exposé is an extended version of a lecture held by the author on 23.05.2002 before the Bundeskongress der Bilanzbuchhalter und Controller 2002.

¹ Lenz, in: Lenz (publisher), Kommentar zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der durch den Amsterdamer Vertrag geänderten Fassung, 2nd Ed., Köln 1999, Art. 5. Rn. 4 ; Geiger, Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 3rd Ed., München 2000, Art. 5, Rn. 2

² Callies, in: Callies/Ruffert (publisher), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2nd Ed., Art. 5 Rn. 4, cf. also BVerfGE 89, 155, „Maastricht“

“a high degree of competitiveness and convergence of economic performance”.

Art. 3 ss. 1 ECT provides for Community action in pursuit of this task, e.g. for

“(g) a system ensuring that competition in the internal market is not distorted,

(h) the approximation of the laws of Member States to the extent required for the functioning of the common market.”

The activities of the Community mentioned in Art. 3 ss. 1 ECT affect taxation, because the internal market is characterised especially by trade within and between the member states, so that differences in commercial taxation and tax collection regulations have a considerable influence on trade and competition.

The basis for tax harmonisation within the EU is laid down in the Treaty as a primary source of law. A Chapter

“Tax provisions”

(Arts. 90 to 93 ECT) is devoted to the issue. Art. 93 ECT expressly authorises the harmonisation of indirect taxes³. In addition, the provisions forbid the imposition by a member state of higher internal taxes on goods from another member state, and, in the case of goods exported to another member state, any repayment of tax in excess of the internal taxation⁴.

Apart from this chapter, Arts. 58, 95 to 97, 175 and 293 EEC are also important to the issue of taxation.

Nowhere in the ECT is the concept of tax defined. The judgements of the ECJ have developed a definition⁵, which is practically equated with the definition in § 3 ss. 1 Tax Code⁶:

“Taxes are payment liabilities, not in consideration of a particular service, imposed, in order to obtain income, by a public body on all who are in the factual situation with which the law connects capacity to pay...”

³ Tipke/Lang, 17th Ed., § 3 Rn. 9; ECJ, EuGHE 1996, I-505, Rn. 39 (*Società Bautiaa/Directeur des services fiscaux des Landes u. Società française maritime/Directeur des services fiscaux du finist re*); Vob in: Grabitz/Hilf, EGV-Kommentar, loose-leaf collection 2000, before Art. 90 Rn. 9, Art. 90, 91 ECT.

⁴ Art. 90, 91 ECT

⁵ ECJ, fn. 3, EuGHE 1996, I-105, Rn. 39; as to the scope of the term tax also ECJ, EuGHE 1997, I-6873, Rn. 26; ECJ, EuGHE 1994, I-3215; ECJ, EuGHE 1989, I-2671, Rn. 18.

⁶ No taxes are customs duties acc. to Art. 23 ff., 25 WGV (customs union) and charges having the same effect (Art. 28 ECT). Vob, Steuerrecht, in: Dausen, Handbook of EU-Wirtschaftsrechts, Fach J, Rn. 1.

The Community has taken many measures, as secondary law, on the taxation front, applicable to indirect taxation.

For direct taxation, directives, proposed directives and the Double Taxation Agreement for the avoidance of double taxation of profits entitlement as between association companies, under Art. 293 ECT, are to be referred to.

The voluntary process of “silent harmonisation” of the taxation framework between member states, is also important.

2. The Present Position on Harmonisation of Indirect Taxes

Art. 93 ECT grants the power to harmonise indirect taxes, only, however,:

“to the extent that such harmonisation is necessary to ensure the establishment and the functioning of the internal market...”

Taxes so far harmonised are:

- Value Added Tax (VAT) in the member states under the “Common VAT System”,
 - special consumer taxes,
 - tax relief on imports,
 - tax on accumulated capital,
 - transport vehicle tax,
 - insurance tax,
 - the proposed tax on carbon dioxide emissions and energy.
- a) VAT in the member state

The Common VAT System has replaced the systems of the individual states. In the past, the system of so-called “cumulative turnover tax”, as used in the Federal Republic of Germany until 1967, prevailed.

According to the 6th Directive, all member states of the Community charge VAT on a uniform basis, on the following principles⁷:

- the tax applies generally to all goods and services,
- the rate of tax is proportionate to the price of the goods or services,
- it is charged at every step in the production and sale process,
- it applies to the increased value of goods or services over the pre-paid tax,
- the consumer pays the tax.

⁷ ECJ, EuGHE 1989, I-2671, Rn. 18 ; ECJ, EuGHE 1997, I-372,1 Rn. 21; ECJ, EuGHE 1996, I-959, Rn. 19f.

The rates of taxes are:

States	Standard Rate in %
Austria	20
Belgium	21
Denmark	25
Finland	22
France	20.6
Germany	16
Greece	18
Ireland	21
Italy	20
Luxembourg	15
Netherlands	17.5
Portugal	17
Spain	16
Sweden	25
Gt. Britain	17.5

The standard rate in any EU member state should not be less than 15%. The lower rate must be at least 5%. The rate in each case is to be applied to the basis of assessment⁸.

The tax rates of the member states vary over a broad spectrum. Spain and Germany with 16% are at the lower end of the scale, while Denmark and Sweden with 25% are at the upper end. The simple average of these rates is 19.44%. The wide spread of rates applicable to goods and services in the individual member states is the source of the problem which the EU has to solve in the interests of realising the internal market and a uniform tax system. This objective is unlikely to be realised “directly” by a decision of the Council on a proposal of the Commission - the member states are unwilling to surrender sovereignty over VAT - but rather “indirectly”, by transformation from the country of destination to country of origin principle⁹.

⁸ Art. 12 III lit. a) 6th Value Added Tax Directive. Cf. also Directive on the Harmonisation of VAT rates, OJ 1992, L 316/1, supplemented by the Directive on the standard rate, OJ 1999, L 139/27.

⁹ *Vob*, (fn. 6), Rn. 190; see also below. One obstacle on the way to a uniform tax rate in all member states is that the VAT revenue is also used, especially in Denmark and Sweden, to finance the public social assistance for citizens in case of illness and in old age. Such states do not know the system applied in other states (including Germany), i.e. payment of social security contributions by employer and employee, and must therefore make use of the general VAT revenue.

Questions for preliminary decision affecting the VAT system which, under Art. 234 EC Treaty, reach the ECJ, refer to the extent of the deduction of pre-paid tax or the interpretation of exemptions.¹⁰

The ECJ effectively applies its position that the conception of the 6th VAT Directive is to be interpreted autonomously under European law. We know the cost neutrality of VAT from § 40 Tax Code¹¹. The tax is charged even if the activity is illegal or in breach of good morals, provided the charging situation under the VAT Act exists. This is not the position of the ECJ, which has developed the following formula:

- imports of prohibited goods are duty-free and not taxable, while
- prohibited imports of goods are taxable.

In the first case, goods are concerned which are not marketable for legal reasons: morphine,

- cocaine,
- other drugs,
- counterfeit money.

In the second case, the absence of an official license for the relevant transaction may be involved¹².

¹⁰ ECJ, IStR 2002, 21, 23: Authorisation of a member state to consider the usufruct in a real estate as delivery of physical goods, relevant for the deduction of pre-paid tax; German Federal Fiscal Court (BFH) IStR 2002, 57: Deduction of pre-paid tax for consultancy services of a partnership under the German Civil Law (GbR) in connection with the admission of a person as partner in the GbR against payment of a cash contribution, order of reference to the ECJ acc. to Art. 234 ECT; ECJ, IStR 2002, 96: Subsidy as part of the basis of assessment; ECJ, IStR 2002, 97, 98, Rn. 71 ff.: No deduction of pre-paid tax in case of allowances of the employer, reimbursing costs of the private car of an employee used for professional purposes; ECJ, IStR 2002, 131: Consideration for goods is excluded from deduction of pre-paid tax in order to decrease budget deficits, only possible after having heard the VAT Committee. Cf. Robisch, UStB 2002, 97 ff.; acc. to Art. 17 (1 6.) of the VAT Directive the right to deduct pre-paid tax arises at the time of delivery or performance of the service; acc. to German principles, however, the invoice is relevant, ECJ, UR 2002, 208 and UR 1995, 404. Thus the German administrative practice is in contradiction to EU law, as acc. to German practice the right to deduct pre-paid tax arises only at such time when an invoice showing VAT separately is received by the person for whom the services are intended; possession of such an invoice by the person for whom the services are intended is, however, not a requirement for deduction of prepaid-tax.

¹¹ Cost neutrality is one of the principles of the 6th VAT Directive; Voss, (fn. 6), Rn. 199. Such principle does not allow any differences between permitted and not permitted business transactions in case of cross-border deliveries or other services. For reasons of competition illegal imports and prohibited services from other states have to be burdened in the same manner as legal business transactions.

¹² ECJ, EuGHE 1981, I-385; ECJ, EuGHE 1982, I-3681; ECJ, EuGHE 1982, I-3699; FG Hamburg EFG 1980, 191; ECJ, EuGHE 1988, I-3655, Rn. 29; ECJ, EuGHE 1988, I-3627, Rn. 18; ECJ, EuGHE 1990, I-4477, 4479f; ECJ 1993, I-4677, Rn. 12-17, 20; ECJ, EuGHE 1998, I-3257 (3259); ECJ, EuGHE 1998, I-3257, Rn. 16; ECJ, EuGHE 1998, I-3369, Rn. 19-23; ECJ, EuGHE 1999, I-3971; ECJ, EuGHE 2000, I-4993.

This position in the judgements of the ECJ is controversial, especially because of its reasoning. It would be more easily acceptable if the court based its argumentation on Art. 93 ECT. Harmonisation of indirect taxes must be necessary for the establishment and functioning of the internal market - from this principle, the connection to competition on the internal market can be made. The position of the ECJ on cost neutrality can be deduced from Art. 93 ECT. Cost neutrality does not arise if transactions, whether legal or illegal, are not in competition with one another.

For cross-border commerce, the country of destination principle, according to which goods and services are sent to the country of destination tax free, originally applied without restriction. The latter applies its tax rates to the imported goods or services.

On the introduction of the "internal market" (Art. 14 ECT) at the turn of the year 1992/1993 the conditions for increasing transformation to the states of origin principle were created.

— For taxation of companies in trade within the Community, the receiving states principle was maintained at first (§§ 1a, 6a VAT Act). Tax exemption of the exporting company is subject to the following conditions:

- > the supplier is a business,
- > the goods are either sent or transported to another member state,
- > the recipient acquires the goods as either a business or a legal person.

— For other services of a business in the internal market, § 3 A VAT Act applies:

- > provisions as to the place where the services are provided, demarcate the tax sovereignty of the country of origin from that of the country of destination,
- > accordingly, the location of the services is usually in the member state in which the services are provided to the business.

— for the taxation of private persons, the country of origin principle applies, if they, e.g., buy goods in Germany, export them to another member state where such imports are not taxed; if services are provided to such persons in their home states, or if they acquire an object in their home states, this is subject to the tax laws of the exporting states.

The objective of the reforms is, in any event, to completely replace the receiving states principle with the principle of the states of origin. The trader in the "importing

states” (receiving states), would have to deduct the VAT paid by him to the trader or producer in the exporting states (states of origin) from his tax liability. This system would simultaneously ensure that the end consumer would bear the tax at the rate applicable in the consumer country, thus ensuring the maintenance of the consumer character of VAT¹³.

The concept “states of origin principle” is appropriate at the level of the business, in relation to the cross-border deduction of pre-paid tax; at the level of the consumer in the completed internal market, the receiving states principle, according to which the consumer will be charged, will apply unchanged; it is undisputed that the consumer should not pay tax as applied in the states of origin, unless he personally purchases the goods there.

On the revenue side, this “internal market principle” has the effect that the next exporting states receive the tax on the added value created there, while the importing states receive only the tax on the lesser value increase after import. The revenue from VAT, therefore, is transferred as between member states. Balancing-out by means of a clearing procedure has been found to be unachievable because of practical difficulties. Balancing-out of revenue is under review, but not yet agreed. The best solution would be a European financial compensation system, as generally applied between the federal German states.

b) Harmonisation of Special Consumer Taxes

Consumer duties - cf. Art. 33 6th VAT Directive - on

- mineral oil,
- alcohol and alcoholic beverages, and
- tobacco goods,

are levied on trading in the affected goods on the open markets within the Community¹⁴.

For trading in goods of this nature, the receiving states principle applies, while private purchases cross-border within the Community are taxed under states of origin principle.

¹³ Cf. *Vob*, (fn. 6), Rn. 190 ff., in particular Rn. 191.

¹⁴ Cf. *Vob*, (fn. 6), Rn. 274 ff., 276-297, 268 ff., 305 ff., 309 ff.

There are separate directives for consumer duties on tobacco goods, mineral oil and alcohol including alcoholic beverages. They harmonise the taxation system for each, and set down minimum rates, so that the rates will gradually be harmonised. For each of the three kinds of goods involved, system guidelines, structural guidelines and tax rate guidelines have been issued, which are meanwhile implemented in national law.

c) Tax Exemption on Import

Special relieving regulations apply to imports into the member states of the EU¹⁵. The objective is to facilitate trading in goods and services by EU citizens with third states, to the benefit of the consumer, and throughout the Community, if the purchaser is a business.

Reference is made to

— *Council Regulation (EC) No 355/94 of 14 February 1994 amending Regulation (ECT) No. 918/83 setting up a Community system of reliefs from customs duty*¹⁶,

— *Council Directive 91/680/ECT of 16 December 1991 supplementing the common system of value added tax and amending Directive 77/388/EEC with a view to the abolition of fiscal frontiers*¹⁷,

— *Council Directive 69/169/EEC of 28 May 1969 on the harmonisation of provisions laid down by Law, Regulation or Administrative Action relating to exemption from turnover tax and excise duty on imports in international travel*¹⁸,

— *Council Directive 78/1035/EEC of 19 December 1978 on the exemption from taxes of imports of small consignments of goods of a non-commercial character from third states*¹⁹,

— *Council Directive 94/4/EC of 14 February 1994 amending Directives 69/169/EEC and 77/388/EEC and increasing the level of allowances for travellers from third states and the limits on tax-free purchases in intra-Community travel*²⁰ - Art. 28 k of which referred to Tax Free Shops and which is no longer applicable since 01 July 1999. Tax free shopping in Tax Free Shops is no longer admissible, likewise not for cruises on the high seas of more than 8 hours duration, under German control.

¹⁵ More details e.g. in *Vob*, (fn. 6), Rn. 260 ff.

¹⁶ OJ 1983, L 105/1 adjusted by VO EWG No. 355/94, OJ 1994, L 46/5

¹⁷ OJ 1983, L 105/38 most recently amended by Art. 2 Directive on the internal market OJ 1991, L 376/1

International treaties also provide exemption from import VAT. Under the terms of Art. 307 ECT, such treaties have priority of application.

The Community customs law also provides reliefs or exemptions from import VAT.

d) Tax on Accumulated Capital

Corporation tax and stock exchange turnover tax are also among the taxes harmonised. The 1969 *Directive concerning indirect taxes on the raising of capital*, (amended by Council Directive 85/303/EEC of 10 June 1985 amending Directive 69/335/EEC concerning indirect taxes on the raising of capital), included authorisation to completely abolish both, which the Federal Republic of Germany did as of 1 January 1992²¹.

These Community measures of 1969 were intended to facilitate the movement of capital. The objective of the directive, in particular, was that indirect taxes levied in member states on accumulated capital should be unified in their structure and rates, in so far as member states still imposed them.

The following is an example:

The ECJ has categorised Portuguese notary and registration charges on corporate transactions as taxes on the raising of capital, under certain conditions. These charges accrue to the state, and their amount is not related to the value of consideration provided by the state. This decision²² has recently caused the federal government to revise the German fees system, by imposing upper limits.

e) Vehicle Tax

Harmonisation of motor vehicle tax is intended to redress competitive distortions as between means of transport in member states. The taxation of the individual means of transport should correspond to the cost to the member states of providing roads and other transport infrastructure. The ECJ has declared this directive (*Council Directive 93/89/EEC of 25 October 1993 on the application by Member States of taxes on certain*

¹⁸ OJ 1969, L 133/6 as amended

¹⁹ OJ 1978, L 366/34, the most recent amendment is evidenced in OJ 1985 L 372/8/30

²⁰ Version dated 14.02.1994, OJ 1994, L 60/14, most recent amendment acc. to OJ 1998, L 358/105

²¹ *Vob*, (fn. 6), Rn. 314-325; The measure is set by the Directive concerning indirect taxes on the raising of capital dated 17.07.1969, OJ 1969, L 249/25, most recently amended by Directive 85/303/EEG, OJ 1985, L 156/23.

²² ECJ, RIW 2000, 960; ECJ, EuGHE 1999, I-6427, 6459 f.; see also *Vob*, (fn. 6), Rn. 1 and there 2 with further evidence

vehicles used for the carriage of goods by road and tolls and charges for the use of certain infrastructures) to be null and void, although it continues to apply until new provision is made²³.

f) Insurance Tax

Insurance tax, which is an established feature in the German tax system, is intended to be harmonised. Not every member state has such a tax.

g) The proposed tax on carbon dioxide emissions and energy

The Commission is proposing a tax on carbon dioxide emissions and energy. Art. 175 ss. 2 (first indent) ECT provides the basis for doing so. It is proposed that this tax should be charged under the states of origin principle. Germany already has an energy tax - mineral oil tax - with the controversial exemption that by-product heat (Prozesswärme) is not taxable if it is used for industry. This raises the question as to whether this is inadmissible subvention.

3. The Position with Harmonisation of Direct Taxes

The requirement under Art. 93 EEC to harmonise taxes does not apply to direct taxes. Apart from Art. 293 EEC on the abolition of double taxation within the Community, the Treaty contains no provisions on direct taxation. The sovereignty of the member states remains intact in this respect. Legislation in this area could be introduced only within the provisions of Arts. 94 and 95 ECT.

— Directives intended to achieve approximation of laws for the internal market, must have direct effect on the establishment and functioning of the common market.

— Decisions, after consultation, as to whether it is possible to approximate laws or administrative provisions of the member states which have as their object the establishment and functioning of the internal market, are to be unanimous.

The tax regimes of member states may not, however, conflict with other provisions of Community law. The basic freedoms are relied on, and the judgements of

²³ Cf. Directive on the application by Member States of taxes on certain vehicles used for the carriage of goods by road and tolls and charges for the use of certain infrastructures, OJ 1993 L 279/32, and with respect to proceedings for judicial review of legality ECJ E 1995, I-1827; current basis of European law is Directive 1999/62 OJ 1999, L 187/42

²⁴ Cf. Judgement of the ECJ on the basic freedoms in connection with direct taxes, described impressively by Kellersmann/Treichs in their book "Europäische Unternehmensbesteuerung" as from p. 329.

the ECJ show the effect the basic freedoms – because of their Community-wide application – have on direct taxation²⁴. Freedom of movement (Arts. 39, 48 EEC) is a predominant consideration. Infringement of this freedom is usually connected with discrimination.

— If French taxpayers can set-off corporation tax on dividends, this must also apply to a recipient of dividends which is a branch of a German company²⁵.

— A tax regulation in Gt. Britain is discriminatory, if holding companies can take advantage of losses, only if the holding participates predominantly in subsidiaries registered in Gt. Britain²⁶.

Natural persons are equally protected by the basic freedoms.

— A Luxembourg regulation according to which excess tax paid was forfeited to the state if the taxpayer was resident there for only part of the year of assessment, was found to be discriminatory²⁷.

— It was also found to be discriminatory that a Belgian citizen could not avail of German income splitting, although he derived all his income in Germany while living in Belgium²⁸.

The basic freedoms effect also improved freedom to provide services.

— The cost of a Danish participant in a further training event in Greece can be deducted from his taxable income. The Danish restriction to such events within its territory was found to be inadmissible²⁹.

Examples of grounds submitted by member states as justification for discriminatory measures are³⁰:

- national balancing measures are based on material circumstances,
- the parties voluntarily submitted to the regulations,

²⁵ ECJ, EuGHE 1986, 273, in particular 299 f.

²⁶ ECJ, EuGHE 1993, I-4017, in particular 4018 ff., 4040 f.

²⁷ ECJ, EuGHE 1990, I-1779

²⁸ ECJ, DStR 1995, 326

²⁹ ECJ, IStR 1999, 694

³⁰ Cf. Jacobs, *Internationale Unternehmensbesteuerung*, 4th Ed., 191; Laule, *Harmonisierung der Steuersysteme in Europa. Die Rechtsprechung des EuGH, Kommentierung dieser Entscheidungen*. IWW Institut für Wirtschaftspublizistik, Nordkirchen 2000, p. 26

- tax harmonisation in the relevant sector did not exist,
- there was no reciprocity (Tax Treaty reservation),
- tax refuge,
- difficulty in establishing situations abroad³¹,
- securing national revenue,
- coherence of the tax system.

By coherence was meant that the exemption of certain insurance contributions and the later taxation of benefits out of this insurance, was logical³².

a) Developing Tendencies

Within these restricted powers, Europe is nevertheless quite advanced in relation to corporate taxation.

The Commission originally aimed at comprehensive harmonisation of corporate taxation including withholding taxes. To this end, the Commission made a proposal in 1975 which was subsequently withdrawn. Now, the corporate taxation guidelines of 30 April 1990 are the means by which the taxation framework for companies in the Community is to be regulated³³ in so far as required for the establishment and strengthening of the internal market. Action is, however, required to³⁴:

- remove taxation disadvantages arising from cross-border activity, and
- avoid double taxation, in so far as this still exists in spite, or because, of existing agreements between member states (cf. Art. 293 ECT second indent).

According to the principle of subsidiarity, the member states are free to further develop their taxation systems in so far as they see that additional action is required, after such measures have been taken, in order to complete the establishment of the internal market³⁵. On this issue, the experts of the Ruding Commission encourage concentration on certain points:

³¹ The ECJ impressively overruled such argument in its decision Futura and Singer, ECJ, 1997, I-2492.

³² ECJ, EuGHE 1992, I-249

³³ SEK (90) 601 finally, cf. BR-Drucksache 360/90; Meinicke, BB 1992, 969

³⁴ *Vob*, (fn. 6), Rn. 105 with further evidence

³⁵ Ruding Report (1992), Commission of the European communities: Report of the committee of independent experts on company taxation, Luxembourg 1992

- removal of competitive distortions caused by national taxation systems, which treat cross-border investments and participations by businesses unfavourably,
- agreement on a minimum corporation tax rate,
- common rules for determining profit, in order to prevent excessive tax competition between the member states,
- transparency of all tax-based investment incentives,
- abolition of double taxation of foreign income,
- approximation of corporate tax systems and rates, and
- approximation of tax allowances and the basis on which they are calculated.

b) Position Achieved

The question may be asked; what stage have the efforts of the EU reached?

— The Merger Directive facilitates the transfer and restructuring of businesses within the internal market, including mergers, in which businesses - predominantly companies - from two or more member states, participate. They may adjust their businesses as a group of independent companies in a tax neutral manner by relating book value to the market conditions. Mergers, in which a company takes over the assets of another, without liquidation are treated favourable: otherwise, the formation of a new company would be required. Divisions into new companies are also tax neutral, although in such cases - as in merger cases - the consideration consists of company rights. Contribution of operations, operating units, permanent establishments and the exchange of shares can be implemented without incurring direct taxation. Cross-border transfers of registered offices or the “taxable disjunction” of individual assets are not privileged. Up to 10% cash payment of residual fractional amounts are non-taxable³⁶.

³⁶ Council Directive on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different member states of 23.07.1990, OJ 1990 L 225/1-5

Germany has adopted corporate law elements into national law, e.g. by §§ 4 ff., 60 ff., 36 ff. and 123 ff. Transformation Act (UmwG). Cross-border mergers or divisions are not yet open to German companies, because the necessary corporate law pre-conditions are still absent³⁷.

— The *Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States* applies to cross-border dividend payments by a subsidiary to a parent company. Prior to this directive, the member state in which the subsidiary was resident assessed corporation tax on the profit and, in addition, withholding tax on the dividends paid to the parent. The parent company was liable - a third time - to its national tax authorities for tax on the dividends it received. This multiple taxation should be avoided by tax exemptions or tax credits. Withholding tax no longer arises, if the participation of the shareholder in the subsidiary is 25%. Sub-subsidiaries are not included in this system, with the result that the tax credit for losses of sub-subsidiaries is not taken into account under the tax exemptions method in the subsidiaries' states³⁸.

— The *Convention 90/436/EEC on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises - Final Act - Joint Declarations - Unilateral Declarations* has the object of avoiding double taxation of cross-border profit adjustments between associated enterprises³⁹. This Convention applies to enterprises participating directly or indirectly in enterprises in another member state, whatever their legal form. It should ensure, by economical double taxation, that such adjustments, e.g. adjustment of transfer prices, match⁴⁰.

— Any increased profit should, for tax purposes in one state, correspond to the identical profit reduction in the other state.

³⁷ As a result cross-border mergers and divisions are not possible in Germany as the necessary corporate law pre-conditions are still absent. Thus corporate law provisions for cross-border restructuring on an EU level exist for contributions and exchanges of shares; no corporate law provisions exist for a transfer of registered offices, mergers, divisions or amalgamations. Cf. Kellersmann/Treich, *Europäische Unternehmensbesteuerung*, 228, 229.

³⁸ Council Directive on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries in different member states of 23.07.1990, OJ 1990, L 225/6 - 9, corrected by OJ 1990, L 266/20; Proposal of the Commission for a Council Directive to amend the Council Directive of 23.07.1990 and of 26.07.1993 OJ 1993, C 225/5 - 6

³⁹ Convention on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises, OJ 1990, L 225/10 - 24; Ratification by the Federal Republic of Germany in *BStBl. I* 1993, 818

⁴⁰ Cf. also BFH, *IStr* 2001, 745 with respect to the adjustment of transfer prices in an international group of companies.

— The code of conduct⁴¹ (*Resolution of the Council and the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council on 1 December 1997 on a code of conduct for business taxation OJ C 002, 6/01/1998, p. 0002-0005*) is also relevant to the measures introduced. This code of conduct combats damaging tax competition in relation to corporate taxation, which should be as neutral as possible as far as the competition for locations is concerned. A measured co-ordination of taxation should work to defeat the national tax sovereignty of the member states.

The code of conduct is a political agreement, which is not legally binding. It has identified damaging effects such as:

- > whether advantages are accorded only to non-residents or in respect of transactions carried out with non-residents, or
- > whether advantages are ring-fenced from the domestic market, so they do not affect the national tax base, or
- > whether advantages are granted even without any real economic activity and substantial economic presence within the Member State offering such tax advantages, or
- > whether the rules for profit determination in respect of activities within a multinational group of companies departs from internationally accepted principles, notably the rules agreed upon within the OECD, or
- > whether the tax measures lack transparency, including where legal provisions are relaxed at administrative level in a non-transparent way.

Older provisions which are open to objection are to be removed, the introduction of any new “unfair” provisions is forbidden.

In November 2000, the finance ministers of the EU member states reviewed the situation. They complained of the German holding regulation under § 10 Foreign Trade Tax Act (AStG), because the tax assessed under ss. 5 and 6 thereof is not sufficiently wide⁴².

⁴¹ Resolution of the Council and the representatives of the governments of the member states in the Council on a code of conduct of 01.02.1997, OJ 1998, C 2/2 Appendix 1 with conclusions of 01.12.1997, OJ 1998, C 2/1 and of 09.03.1998, OJ 1998 C 99/1

⁴² Kellersmann/Treisch, *Europäische Unternehmensbesteuerung*, November 2001, p. 240; Werra, *ISfR* 2001, 438 ff.

§ 10 ss. 5 Foreign Trade Tax Act (AStG) prevents additional taxation in the event that a Tax Treaty exists; as a result only 80% of income from asset group financing is affected (§ 10 ss. 6 AStG). Furthermore, the AStG is applicable only to passive income (in the meaning of the AStG), so that the tax advantages in the case of active income (in the meaning of the AStG) are not taxable even if they are based on abusive tax regimes in other states. Without doubt, the Foreign Trade Tax Act requires reform, which is a subject we cannot go further into here.

— The code of conduct is part of a package which includes proposals for a *Council Directive on a common system of taxation*⁴³ applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States (OJ C 123, 22/04/1998 p. 9) which should deal with tax harmonisation for companies, as well as a proposal for a *Council Directive to ensure a minimum of effective taxation of savings income in the form of interest payments within the Community* (OJ C 212 08/07/1998 p. 13)⁴⁴.

> The first mentioned proposed directive is intended to ensure once-off taxation in the member state where the lender or licensor is resident. It provides for exemption from withholding or similar taxes on interest and license payments between associated enterprises which are in corporate legal form. Interest includes income from claims of all kinds, even if such interest is subject to profit performance. License fees are payments for all kinds of use of copyrights, patents, brands, designs, know-how and/or experience or equipment.

The proposal addresses both creditor and debtor of such services. Both companies are, as parent and subsidiary, associated companies; the minimum participation is intended to be 25% in the capital or voting rights of the subsidiary. The directive should also apply if cross-border profit distributions are concealed in such payments.

Permanent establishments are equated with companies whether as recipients or service providers.

> The proposed *Council Directive to ensure a minimum of effective taxation of savings income in the form of interest payments within the Community* provides a so-called “co-existence model”. A choice between two systems is available, between,

— imposition of a withholding tax of a minimum of 20%, which will be credited on the tax in the state of residence of the creditor, or

⁴³ Directive on interest and royalty payments, proposal of the Council of 06.12.1990, OJ 1991 C 53/26-29, and of 06.03.1998, OJ 1998 C 123/9-13

⁴⁴ Directive on interest 1989, 1998 and 2001, OJ 1989, C 141/5-7, OJ 1998, C 212/13-18 and BR-Drucksache 675/01 of 30.08.2002 or KOM (2001) 400

- the establishment of an automatic reporting system.

States which have a withholding tax system derive tax income, by means of withholding tax, in addition to that from the party resident in their jurisdiction which owes the interest. States with a system of reporting are limited to the tax collected from “their” taxpayers. Withholding tax produces income in the source state, reporting produces tax income in the state of residence.

In addition, withholding tax is a factor likely to drive capital from the internal market, because capital markets rely on net income after all taxes. Withholding tax therefore also means increased gross interest rates offered by an issuer.

The acceptability of a control system with automatic reporting of profits by the banks, conflicts with bank confidentiality, and the national legislator is called upon to resolve this conflict.

The ECOFIN⁴⁵ in November 2000 amended the proposed directive *C212 of 08/07/1998*. It should now apply to interest and income from investment funds (40% of the assets in fixed-interest-securities). This threshold is intended to be reduced over the coming years. The taxation of financial investments and insurance yields is intended to be regulated at a later time and outside the application of the interest directive. The system of information exchange will be refined and the net woven more tightly. The ECOFIN specified the information to be reported.

Double taxation will be avoided.

States, which impose a withholding tax, will have to transfer 75% thereof to the state of residence of the creditor. The object is that interest be taxed only in the state of residence under the interest directive.

The intended taxation of interest should combat tax avoidance and damaging tax competition.

- The proposed corporation tax directive of 1975⁴⁶ had the objective of reducing variations in the taxation of company profits in the member states. It was sought to achieve competitive neutrality as far as possible. In addition, dividend flows should not suffer discrimination by double taxation, or complicated administrative formalities, which could lead the financial markets becoming insulated.

⁴⁵ Proposal for a council directive on ensuring an effective taxation of interest income within the EU, KOM (2001) 400, Council document 11205/01, BR-Drucksache 675/01 of 30.08.2001

⁴⁶ Corporation tax directive 1975, BT-Drucksache 7/3981 of 18.08.1975; corporation tax directive 1978 of 23.08.1978, BT-Drucksache 8/2051

The draft directive therefore proposed a partial tax credit system of dividend taxation, following, by and large, the French system:

- one rate applicable to retained and distributed profits, within the range 45 - 55%,
- distributed dividends give rise to a tax credit in favour of the recipient,
- dividends and tax credits increase the recipient's capital yield. The tax credit should be in the range of 45 - 55% of the corporation tax of the company paying the dividend.

According to this concept, tax balancing between the member states supplemented this system. The source state of the dividend should make up the cost to the state of residence of the tax credit. Withholding tax on dividends was also intended, which would be credited against tax in the state of residence, or refunded, as the case may be. Instead of the withholding tax, a member state can establish a reporting system. The harmonisation of corporation tax provides, therefore, the connection to taxation of interest.

The directive did not meet with the approval of the European Parliament, due to the absence of harmonisation of determination of profits for tax purposes. The draft directive is no longer on the agenda of tax harmonisation. Tax experts, whether in the academic world, business or administration, are in favour of the implementation of this directive.

The German legislator decided, as is well known, for the half-income system in regard to the taxation of dividends and thereby against any form of tax credit system.

The rates of corporation tax in the individual member states of the EU vary widely. The need to co-ordinate the rates of direct taxes as between the member states is obvious⁴⁷.

⁴⁷ Illustration 11 in Kellersmann/Treichs, *Europäische Unternehmensbesteuerung*, p. 118

Income Tax

State	Basic Rate	Highest Rate	Rate of Corporation Tax
Belgium	25%	55%	39%
Denmark	39%	59%	32%
Germany	19.9%	48.5%	25%
Finland	23%	55.5%	29%
France	9.5%	54%	33.33%
Greece	5%	45%	35%
Gt. Britain	10%	40%	30%
Ireland	22%	44%	24%
Italy	19.65%	46.65%	37%
Luxembourg	6%	46%	30%
Netherlands	33.9%	60%	35%
Austria	21%	50%	34%
Portugal	14%	40%	32%
Sweden	31%	56%	28%
Spain	18%	48%	35%

The corporation tax rates are to be contrasted with the burden of income tax. They communicate a broad and widely spread field. The tendency shows that the burden of corporation tax is lower than that of income tax. Does this imply a trend towards companies, because they are subject to corporation tax and not income tax?

A comparison only of the tax rates does not provide any valuable information. The variations in tax rates is due rather to the various methods of calculation⁴⁸. The member states of the EU have structured the various elements by which a comparison of tax systems in accordance with the tax base and rates could be made, very differently. Usually, the taxation of business income achieved by a company is connected with the taxation of dividends, to state only one example. Caution is therefore advisable in order to avoid confusion between tax burden, and tax rates. Rather, all elements in the national tax systems have to be evaluated⁴⁹.

⁴⁸ Cf. e.g. Lutz Fischer, Zur Methode und Aussagefähigkeit zu internationalen Steuerbelastungsvergleichen als Grundlage für steuerrechtliche Gestaltungsüberlegungen des Gesetzgebers, Cagianut Francise and Vallender, Klaus A. (publisher): Steuerrecht. Ausgewählte Probleme am Ende des 20.Jh. Festschrift zum 65. Geburtstag von Ernst Höln, p. 34.

⁴⁹ Cf. also Kellersmann/Treichs, Europäische Unternehmensbesteuerung, p. 117 ff., 127-130

The achievement of the objective is more likely by means of plans to conform the tax base for corporation tax and to include this model in proposals for a consolidated tax balance sheet, which, in addition, admits cross-border set-off of losses, as between headquarters and branches as well as between parent and subsidiaries, in the various member states of the EU.

c) Proposals for loss deduction

On the path to conforming the tax base, the Commission has brought forward proposals for the losses:

— One proposal deals with the loss set-off⁵⁰ within the state. This should strengthen the investment and competitive capacity of the companies. This proposal applies only to taxpayers obliged to produce balance sheets. Losses could be carried backwards for two years or carried forward for an indefinite number of years. Several member states allow this unlimited carry forward since this proposal was announced. Whether the EU is competent to bring in such a regulation, is doubtful since the introduction of the principle of subsidiarity in 1990.— A further proposal⁵¹ refers to the offsetting of foreign losses. Activity at the level of the common market should not be subject to tax treatment less favourable than activity limited to one member state. The member states admit offsetting of losses of permanent establishments and subsidiaries abroad only to a limited extent, a disincentive to foreign investment. The proposal of the Commission is a step towards the more distant goal of comprehensive, cross-border consolidated financial statements.

The concept addresses enterprises in the member states which are liable for income or corporation tax, and is therefore favourable to German sole traders or unincorporated business. The loss off-setting of subsidiaries is not contained in the present wording of the draft. Only losses of permanent establishments are referred to. Its subject matter is

⁵⁰ Directive on Losses OJ 1984, C 253/5 - 6 and OJ 1985, C 170/3 of 25.06.1985

⁵¹ Directive on foreign losses of 06.12.1990, OJ 1991, C 53/30 - 34 and Directive on foreign losses 1992, OJ 1992, C 94/152 - 153 Acc. to § 2a ss. 3 of the German Income Tax Act (ESTG) German taxpayers had the possibility to claim a tax deduction in another state pursuant to the scheme "loss deduction with back taxation". This provision was repealed in 1999. Acc. to the BFH an offsetting of such losses against profits of the undertaking in Germany is not possible if profits of the permanent establishment would not be subject to taxation acc. to a double taxation treaty (DBA) with per country limitation, which is common practice of German DBAs. In a judgement with respect to the DBA Germany-Austria the Austrian Administrative Court (VwGH) has for the first time permitted that losses of permanent establishments can be taken into account for tax purposes and is thus in contradiction to the rulings of the BFH, VwGH, IStR 2001, 754; cf. also Wassermeyer in IStR 2001, 754 and Vogel in IStR 2002, 91. Also the ECJ doubts the ruling of the BFH in its AMID decision, ECJ, IStR 2001, 86, with the result that the cross-border loss offsetting between a company and a permanent establishment must be admissible even if a DBA with per country limitation exists between the states concerned. The ECJ confirms the judgement of the Austrian Administrative Court.

the horizontal balancing of losses within a legal person as between permanent establishments and the group headquarters.

Losses of permanent establishments are taken into account by two methods:

— According to the tax credit system⁵², positive and negative results of all permanent establishments in another member state are taken into the results for the headquarters of the business. Logically, the profit achieved in the internal market will be taxable in the home state, and profits or losses of permanent establishments abroad will be directly taken into account in the determination of profit analogously to home profits or losses. If permanent establishments in other member states pay taxes, these will be creditable against the tax payable by headquarters. If a permanent establishment can, in its state, set-off profit in a coming year against losses, no foreign tax will be payable. In the headquarters' state, the profits of permanent establishments for the next year will be ascertained. In so far as no foreign tax arises because of losses carried forward, no tax credit occurs.

— The deduction of losses and deferral of tax is an alternative⁵³ for the national legislator in addition to the tax credit system. This deferred tax process was introduced in Germany in 1997 by § 2a ss. 3 and 4 Income Tax Act. Subsequent profits of the permanent establishments were, as affecting the headquarters, to be added back, up to the amount of previously deducted losses. Headquarters therefore received assistance with its liquidity, because the tax was only deferred, although no double taxation was possible in one year. The losses to be balanced out by the headquarters were calculated according to the tax provisions of the state where the permanent establishment is resident.

Withdrawal of this deferred tax procedure is, when viewed correctly, a breach of the freedom of movement which entitled a business to operate outside its home state in other member states of the EU without incurring financial disadvantage.

The loss offsetting as between legally independent group companies within the internal market is necessary, so that no discrimination exists between permanent establishments on the one hand and subsidiaries on the other, but that rather neutrality is maintained as between legal forms⁵⁴. The draft directive of 1990 in this area opted

⁵² Cf. *Vob.* (fn. 6), Rn. 177

⁵³ Cf. *Vob.* (fn. 6), Rn. 178; cf. also 51.

⁵⁴ Overview of the tax regulations of the member states concerning losses of subsidiaries and permanent establishments abroad, Grother, with further evidence to the separate presentations of the EU, RIW, 1994, 1017 ff., cf. also Laule, Generalbericht, Der Einfluss von Verlusten in einem Land auf die einkommen- oder körperschaftsteuerliche Behandlung von international tätigen Unternehmen oder verbundenen Gesellschaften in anderen Ländern, *Cahiers de Droit Fiscal International* 1979, p. 15 ff. it is also set out in such *Cahiers* how the individual states deal with such foreign losses.

for deduction of losses with deferred taxation. Partial depreciation of the holding in the subsidiary is excluded by this model, as otherwise losses would be availed of twice. There are good reasons for connecting this solution for subsidiaries with a proposal for consolidated accounts within the member states of the EU.

d) Consolidated Tax Balance Sheet⁵⁵

The consolidated tax balance sheet for groups with companies or permanent establishments in other member states of the EU is a special point of concentration as far as harmonisation of taxes from income or profits is concerned. The income from all permanent establishments and from associated companies is calculated in accordance with one set of rules, and a consolidated balance sheet prepared for tax purposes. This includes the elimination of possible tax implications of group intern transactions (elimination of internal profit).

The sovereignty of the member states to fix the tax rates, is not compromised. The objectives however, are:

- reduction of follow-up costs, which arise both to the companies and to the tax authorities by having to deal with the 15 tax systems within the internal market,
- solving the transfer pricing problem within the EU,
- setting-off and consolidating profit and losses within the internal market,
- simplifying cross-border restructuring,
- avoidance of double taxation,
- combating discrimination and restrictions.

Such a system would lead to greater efficiency, effectiveness, simplicity and transparency.

However, how does one arrive at such a uniform bases of calculation? The Commission's ideas apply the calculation of profit, according to the Commercial Code, towards further harmonisation, and examine the authority of such calculation for the tax balance sheet.

⁵⁵ Kellersmann/Treisch, *Europäische Unternehmensbesteuerung*, p.92 with reference to statements of the European Commission (2001 a), executive summary, p. 1; European Commission (2001 c), p. 16 ff., 27 with the possibility for the companies to choose between a possible (to be newly prepared) common calculation of profit and an acknowledgement of e.g. the existing home state taxation. Cf. also Kellersmann/Treisch S. 263 ff. and 291 ff.

⁵⁶ Kellersmann/Treisch, *Europäische Unternehmensbesteuerung* p. 267 f.

Of the 15 EU member states, Denmark, Gt. Britain, Ireland and the Netherlands do not recognise this authority. They are influenced by the Anglo-Saxon tax system, while the others (those states of the EU which have developed their tax systems under French or German influence) apply the principle of consistency⁵⁶ (“*Mabgeblichkeit*”: the principle that the tax balance sheet follows the Commercial Code balance sheet), to a greater or lesser extent.

This principle presupposes proper accountancy within the business, the basis of which is no longer to be interpreted as previously understood in Germany, but rather according to European understanding. The influence of the ECJ over the tax laws of states in which the principle of consistency applies⁵⁷, is thereby increased by means of the Balance Sheet Directive (*Fourth Council Directive 78/660/EEC of 25 July 1978 based on Article 54 (3) (g) of the Treaty on the annual accounts of certain types of companies*). The ECJ could once again function as a motor for legal uniformity.

A major influential factor may, however, not be overlooked.

Capital market transactions are conditioned by:

- increasing globalisation,
- increasing international involvement of companies,
- increasing competitiveness on the capital markets,
- significant new issues,
- increasing financing of medium sized business through international capital markets, and
- increasing investment on the international capital markets by small investors.

The capital markets, therefore, generate pressure for international uniformity of accounting extending beyond the EU. IAS appear to be on the advance. From the point of view of taxation, this could mean for the German economy that IAS have to be taken into account in the tax balance sheet. The well known problem areas are:

- extension of the concept of asset items, with results e.g. increasingly regarding leased assets as the lessees own property,

⁵⁷ Disputed; the ECJ claims that it has jurisdiction, ECJ, EuGHE 1999, I-5331, 5357 ff.; ECJ, EuGHE 1997, I-4161, 4198; ECJ, EuGHE 1996, I-3133, 3151; Weber-Grellet holds a different view in Schmidt, EStG, 21st Ed., § 5 Rn. 4

- restriction of permitted creation of reserves,
- capitalization of intellectual property of assets,
- capitalization of development costs shown as assets,
- obligatory realisation of profits in the case of long-term projects according to the percentage of completion method,
- reporting of financial investments as current assets at (higher) values (fair value), and
- increasing application of projected values, e.g. in the case of pension reserves⁵⁸.

According to the ideas of the Commission, quoted parent companies should apply IAS in their group accounts from 2005⁵⁹.

If one follows this trend to its logical conclusion, the principle of consistency must be given new content for purposes of the tax balance sheet, or the majority of member states would have to abandon the connection between the Commercial Code and tax law in their accountancy. The provisions of § 292 a Commercial Code already admit of satisfactory annual group accounts, e.g. according to IAS.

If a uniform consolidated basis for European corporation tax is achievable, its development will be based on the considerations dealt with here, which are to be further teased out, and which, according to the position of the Commission, do not yet allow a specific technical solution to be chosen and realised. It is clear, however, that the German principle of caution no longer commands majority support.

⁵⁸ With respect to approach and evaluation pursuant to IAS cf. e.g. Oestreicher/Spengel, DB 1999, 593-600; Thiele, *Stille Reserven in der Rechnungslegung. Vergleich von HGB, US-GAAP und IAS* Diss. Linz 1999; Gabler Edition Wissenschaft Deutscher Universitäts-Verlag 1999; Herzig, *Harmonisierung der steuerlichen Gewinnermittlung in der EG*, Ahlert, Franz, Göppel: *Finanz- und Rechnungswesen als Führungsinstrument*. Herbert Vormbaum zum 65. Geburtstag; Herzig, WPg 2000, 104 ff.; Happe, DSz, 2002, 360, in particular as to provisions which can pursuant to IAS *inter alia* only be made if the amount can be stated with a high degree of accuracy. Buchholz/Weis, DSr 2002, 512 ff. (Good-bye principle of consistency?)

⁵⁹ Communication of the European Commission to the European Parliament and the Council: *Harmonisation in the field of accounting. A new strategy for the international harmonisation of 14.11.1995*, KOM 1995, 508; Schön, Wolfgang, ZGR 29 (2000), p. 706 -742 failed in the preliminary phase. The harmonisation of tax accounting offers new opportunities to establish a common basis of assessment, at least for the corporation.

4. Conclusion

The first draft of a directive⁶⁰ on the conforming of profit determination has failed at the preliminary stage. At present, the opinion seems to be that consideration of group tax balance sheets at European level could resurrect the discussion. Each impediment to stronger harmonisation of direct taxation and, in particular, uniform methods of establishing the tax base for corporation tax, would be a reverse, damaging to Europe and its economy.

⁶⁰ Zeitler and Jüptner, Europäische Steuerharmonisierung und direkte Steuern, BB 1988, enclosure 17 to issue 32, p. 4a f.

Preenchimento de lacunas na Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias

Conflito entre prescrição e prazo para reclamação ⁽¹⁾

Michael R. Will

Por que uma potência econômica como o Brasil rejeita as regras internacionalmente unificadas sobre compra e venda? Como explicar o fato desse país negociar no âmbito internacional com grande parte dos 62 países que adotaram essas regras? E, conseqüentemente, deve-se considerar, ainda, que os exportadores e importadores brasileiros, que não conseguiram fazer prevalecer em um caso concreto a aplicação do Direito brasileiro (ou inglês ou japonês), arriscam seja exatamente o Direito uniforme sobre compra e venda internacional o aplicado a controvérsias, seja por árbitros, seja por juízes, mesmo sendo esses brasileiros. Estaria preparado o aplicador da lei brasileiro para tanto?

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CVIM) foi assinada em 11 de abril de 1980 em Viena, chamando-se, por isso, simplesmente de “Convenção de Viena” ou “Lei Uniforme de Viena sobre a Compra e Venda”. Internacionalmente utiliza-se cada vez mais a indicação em inglês “CISG” (Convention on Contracts for the International Sale of Goods)¹.

⁽¹⁾ Artigo traduzido pela Profa. Dra. Elaine Ramos da Silva, do original “Meine Großmutter in der Schweiz...”: Zum Konflikt von Verjährung und Rügefrist nach UN-Kaufrecht, in: Rauscher, Thomas / Mansel, Heinz-Peter (Hrsg.), Festschrift für Werner Lorenz zum 80. Geburtstag, München: Sellier. European Law Publishers, 2001, p. 623-642.

¹ São oficiais as versões em Árabe, Chinês, Inglês, Francês, Russo e Espanhol, todas impressas por exemplo em Bianca / Bonell, Commentary on the International Sales Law, Milano: Giuffrè 1987, 683-806. A primeira tradução em Português publicada no Brasil, pelo que se sabe, foi da lavra de Eduardo Grebler, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo: RT, 3 (1992), n° 88, p. 45-60; conf. também Jacob Dolinger / Carmen Tibúrcio, Vade-Mécum de Direito Internacional Privado, Rio de Janeiro: Renovar 1994. Irineu Strenger, Direito do Comércio Internacional e Lex Mercatoria, São Paulo: LTr 1996, p. 171-204, reproduzindo a tradução dos portugueses Maria Ângela Bento Soares e Manuel Moura Ramos, de 1980/81.

Esta Convenção entrou em vigor para 11 Estados, em 01 de janeiro de 1988, e vive hoje em todos os cinco Continentes. Dentre os mais de sessenta Estados signatários não falta nenhum dos “grandes”: nem Estados Unidos ou Austrália, nem mesmo China ou Rússia. Faltam, todavia, Inglaterra, Japão e Brasil². Este último chegou a participar da Conferência de Viena no início de 1980³, porém sem a ressonância que seria de se esperar.

Durante os anos 80 a doutrina brasileira sobre contratos internacionais sequer percebeu o compromisso solene assumido em Viena, em face das tradições do *Common Law* e do *Civil Law*, por um lado, bem como em virtude dos interesses de países industrializados e os do Terceiro Mundo, por outro⁴. Verifica-se apenas duas exceções⁵, assim como a manifestação no Colóquio Franco-Brasileiro, realizado em 1987 no Rio de Janeiro e em São Paulo, sendo que a contribuição sobre a Convenção de Viena inspirou-se na França, tendo sido apenas lá publicada⁶.

Nos anos 90 aumentou o interesse acadêmico, em primeiro lugar na PUC-MG⁷, então na UFRGS⁸ e mais tarde na UFF⁹. No entanto, isto representa apenas uma gota no mar de literatura sobre a Convenção de Viena, elaborada em dezenas de línguas ao longo de 20 anos¹⁰, em sua grande maioria correspondendo a colaborações analíticas ou descritivas, porém também com comentários criativos e críticos. Acresce-se a isso o crescente número de litígios

² Ver situação atual em <http://www.uncitral.org/status/status-e.htm>.

³ O Brasil chegou a nomear um dos 22 Vice-Presidentes e um dos 15 Representantes no Drafting Committee, conf. Official Records, New York: UN 1981, p. XV.

⁴ Cita-se, por exemplo, Haroldo Valladão, O Contrato Internacional, Arquivos do Ministério da Justiça 1980, n° 156, p. 113-126; Luiz Olavo Baptista, in: RF (1980), vol. 270, p. 87-100; RDP 16 (1983), n° 78, p. 187-195 e n° 80, p. 152-157; ainda Georgette N. Nazo, in: RT 71 (1982), vol. 564, p. 26-37 (apenas na nota de rodapé n° 7); José Carlos de Magalhães, in: RF 82 (1986), vol. 294, p. 71-80; Paulo Borba Casella, in: Rev. Fac. Dir. USP 84/85 (1989/1990), p. 124-171; Celso Ribeiro Bastos / Eduardo Amaral Gurgel Kiss, Contratos Internacionais, São Paulo: Saraiva 1990 (somente na página 9, in fine).

⁵ Anna Maria Villela, O direito romano e a unificação das normas jurídicas relativas aos contratos de compra e venda internacionais de mercadorias, Revista de Informação Legislativa 18 (1981), n° 72, p. 135-160, assim como Eugênia Christina de Jesus Zerbini, A Convenção de Viena de 1980 sobre a Venda Internacional de Mercadorias, in: João Grandino Rodas, Contratos Internacional, São Paulo: RT 1985, p. 76-93.

⁶ Valérie Maintrieu-Frantz, La vente en droit international et en droit communautaire, in: Cahiers Juridiques et Fiscaux de l'Exportation 1988 n° 6 (Colloque franco-brésilien de droit économique 1-4 décembre 1987), p. 2111-2138 (CISG 2113-2131).

⁷ Eduardo Grebler (nota 1), p. 34-44 (com a tradução da Convenção às fls. 45-60) = RF 88 (1992), vol. 319, 310-317 (todavia, sem tradução da Convenção).

⁸ Ruy Rosado de Aguiar Júnior, in: Revista de Informação Legislativa 31 (1994), n° 121, p. 211-225 = Rev. Fac. Dir. UFRGS 10 (1994), p. 7-21 (sobre resolução contratual); Judith Martins-Costa, in: Revista de Informação Legislativa 32 (1995), n° 126, p. 115-129 = Rev. Fac. Direito UFRGS 11 (1996), p. 40-54 (sobre princípios informadores) e Vera Maria Jacob de Fradera, in: Rev. Fac. Direito 11 (1996), p. 55-66 = Direito, Estado e Sociedade – Rev. Depto. Direito PUC-RJ n° 9 (1996), p. 127-145 (sobre inadimplemento fundamental).

⁹ Patrícia Galindo da Fonseca, O Brasil perante uma nova perspectiva de direito mercantil internacional, RF 94 (1998), vol. 341, p. 193-211; Anotações pertinentes à regulamentação sobre transmissão de risco, Revista de Informação Legislativa 35 (1998), n° 139, p. 39-56; Breves comentários sobre a Convenção de Viena de 1980, Palestra em 11.08.1998, <http://cisgw3.law-pace.edu/galindo-da-fonseca/brasil-uff/palestra.html>.

¹⁰ Veja por exemplo Michael R. Will, Twenty Years of International Sales Law under the CISG – International Bibliography and Case Law Digest (1980-2000), The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 2000, 477 e 276 pags.

perante tribunais ou júzos arbitrais em todo o mundo. Como conseqüência, nenhum candidato ao Exame de Estado pode deixar de considerar esta matéria quando da preparação para a prova¹¹.

De todos os elogios a esta Convenção que obteve êxito internacional não se deve esquecer que as empresas de grande porte bem assessoradas utilizam nas suas condições gerais dos negócios a opção permitida pelo art. 6 da Convenção, qual seja, do “*opting out*”. Tratam-se aqui de decisões judiciais que freqüentemente versam sobre “pequenos peixes”, menos assessorados juridicamente. Neste sentido, são típicos os casos envolvendo pequenas empresas familiares italianas, as quais não querem pagar a um cliente alemão, francês ou espanhol alguns milhares de dólares, em razão de alguma insatisfação em relação aos sapatos ou têxteis fornecidos; e de plano o comprador surpreso perde o processo por desconhecer as normas da Convenção e por não ter formalizado reclamação acerca do defeito verificado de maneira suficientemente rápida e precisa – casos freqüentes envolvendo os artigos 38 e 39 da Convenção. Uma política muito difundida do *opting out* enfraquece obviamente a ambição da Convenção de Viena de ser ou querer se tornar *lex mercatoria*.

Por outro lado, pode o juiz brasileiro já hoje ter que aplicar a Convenção de Viena. Isto porque as partes podem acordar em determinar aplicável as normas de um Estado-Membro da Convenção, ou ainda quando o art. 9º, § 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil determinar aplicável a lei de um Estado-Membro da Convenção, como ocorre em casos envolvendo importadores brasileiros. Nesses casos pouco auxilia o julgador brasileiro o fato de o Brasil não ter ratificado a Convenção, pois é o seu próprio Direito Internacional Privado que ordena a utilização dessas normas.

Todavia, quando a Convenção tiver que ser aplicada e o julgador ocupar-se mais de perto com ela, irá ele logo perceber que a mesma está repleta de lacunas ou buracos, tal qual um queijo suíço. Em parte não se quis em Viena tocar em certas questões delicadas, surgindo daí as lacunas externas, como é o caso da validade do contrato ou ainda da transmissão de propriedade (art. 4 da Convenção), bem como da cessão, compensação e prescrição, entre outros. Em parte não se obteve consenso em alguns temas, a despeito das tentativas envidadas; apenas a título ilustrativo destaca-se uma das piores lacunas: a taxa de juros prevista no art. 78 da Convenção que deixou de ser fixada¹²; e em parte, ainda, esqueceu-se de regulamentar certos problemas, surgindo daí lacunas internas (art. 7, parágrafo 2º da Convenção).

¹¹ Para a Suíça ver Eugen Bucher, in: Bucher/Wiegand, *Übungen im Obligationenrecht*, Zürich: Schulthess 2. Auflage 1991, p. 59 (caso 3) e 174-175 (caso 11). Para a Alemanha, ver exercícios acerca de casos práticos em Jura 1996, 145 e 538; 1997, 240; 1998, 535 e JuS 1997, 435 e 718; 1999, 63 e 1091; 2000, 567. Ainda ZEuP 1997, 506 e Dagmar Coester / Gerald Mäsch, *Übungen in Internationalem Privatrecht und Rechtsvergleichung*, Berlin / New York: De Gruyter 1996 e 2001, casos 2, 5, 6 e 14.

¹² Tal ocasionou imediatamente uma discussão interminável na literatura e na jurisprudência. Conf. Klaus Bacher in: Peter Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, München: Beck, 3. Auflage 2000, p. 748-751; ou Franco Ferrari em todas as línguas: Riv.dir.civ. 41 (1995) 277-291 = Georgia J. Int'Comp.L. 24 (1995) 467-478 = (Cornell) Review of the CISG 1995 (1996) 3-19 e novamente em RDA/IBL 15 (1999) 86-93; recentemente Vindobona L.J. com dois artigos: 1 (1997) 3-43 e 2 (1998) 3-35; na Espanha Ma. del Pilar Perales Viscasillas, La determinación del tipo de interés en la compraventa internacional, in: Cuadernos Jurídicos (Barcelona) 3 (1996) nº 43, 5-12; nos Estados Unidos Katrin L. Kizer, Minding the Gap: Determining Interest Rates Under The CISG, in: U. Chicago L. Rev. 65 (1998) 1279-1306; assim como a dissertação de Doutorado de, Ursula Königer, Die Bestimmung der gesetzlichen Zinshöhe, Berlin: Duncker & Humboldt 1997, 171 p.

A questão metodológica do preenchimento de lacunas desempenha um papel imanente na teoria e na prática.

E com relação ao preenchimento de lacunas no conflito entre prescrição e prazo para reclamação tem-se dois casos interessantes vindos da Suíça, aos quais vale a pena dedicar um pequeno estudo monográfico.

De forma autêntica, os dois primeiros casos conhecidos tinham conexão com a Suíça: vendedor suíço, juiz suíço, Direito Obrigacional suíço. Não é, todavia, apenas suíço o grande problema das lacunas, problema esse que ainda vai ocupar muitos tribunais e juízes arbitrais, também no Brasil.

I. As lacunas como problema da prática

Dos dois primeiros casos cotidianos que ocorreram quase simultaneamente no início de 1995, foi o primeiro julgado pelo Tribunal Civil de Genebra¹³ e o segundo pelo Tribunal Arbitral Internacional da Câmara de Comércio Internacional de Paris¹⁴.

No último caso, para adiantar, tratava-se de uma firma alemã que comprara de uma comerciante suíça produtos agrícolas chineses, os quais viriam da República da China e seriam entregues em um porto europeu. A grande maioria dos *containers* que se encontravam no porto entre os meses de março e junho de 1995 foi embargada pela autoridade sanitária local, em razão de seus respectivos conteúdos estarem infestados de vermes e insetos¹⁵. A compradora alemã invocou imediatamente essa falta de conformidade e pediu indenização pelos danos causados. Ausente acordo a respeito, a firma alemã deu início a um processo preliminar em 14 de março de 1996 e, após as demais negociações não terem obtido resultados, dirigiu-se em 26 de novembro de 1997 ao tribunal arbitral internacional acordado no contrato. Aqui a vendedora suíça invocou a prescrição, segundo o art. 210, parágrafo 1º, do Código de Obrigações suíço (*Schweizerische Obligationenrechte – OR*) de 1911.

¹³ Tribunal de Genebra 14.3.1997 – n° C/21501/96-10 (Filinter v. Moulinages Poizat) e, em fase de recurso: Cour de Justice, Chambre Civile 10.10.1997 – n° ACJC/1230/1997 -, ambos publicados de forma quase desaparecida em Sébastien Bettschart (ed.), *Les ventes internationales. Journée d'étude en l'honneur du professeur Karl H. Neumayer*, Lausanne: CEDIDAC Vol. 36, 1998, 135-139 e 141-144; comentado em Szier/Resie 9 (1999) 182-184; tradução alemã com observação sucinta por Michael R. Will SJZ/RDS 94 (1998) 146-147, comentário em francês por Claude Witz, Dalloz 1998, 316. O Tribunal Federal, por economia processual, não chegou (infelizmente) a abordar a questão de fundo: BG 3.7.1998 – n° 4 C. 486/1997, não publicada.

¹⁴ ICC International Court of Arbitration: para o processo iniciado em Paris em 26.11.1997 foi escolhido um suíço como árbitro singular. A decisão que aqui nos interessa foi proferida em 3.11.1999, ICC n° 99773/CK/AER/ACS, infelizmente não publicada e nem disponibilizada. Quanto ao seu conteúdo relatam pormenorizadamente, nem sempre em inglês escorreito, Jean-Marc Joerin e Claude Treyer, *Discrepancies Between Lack of Conformity Notification Requirements in CISG 39 (2) and the Statute of Limitations in CO 210 (1): Gap Filling by Arbitral Tribunals or Prerogative of Legislator?*, in: ASA Bulletin 18 (2000) 82-91.

¹⁵ Casos envolvendo insetos relembram outros dois ocorridos na China, relatados e analisados por Guo Guoting (Thomas G. Guo), *Dangdai zhongguo shewai jingji jufenan jingxi*, Beijing: China University of Political Science and Law Press 1995, p. 132-136 (caso n° 29) e p. 153-171 (caso n° 36), citados também em Michael R. Will (ed.), *CISG and China – Theory and Practice. An Intercontinental Exchange*, Genf: Schriftenreihe deutscher Jura-Studenten in Genf, n° 18, 1999, p. 77 (datado de 31.12.1992) e 78 (5.9.1994).

De forma semelhante desenvolveu-se o caso ocorrido no Lago de Genebra. Lá encomendara uma firma francesa de uma empresa especializada em fios de algodão no Cantão de Genebra 3.129 quilos de algodão acrílico, o qual deveria ser entregue em 1º de março de 1995. Quando o cliente da compradora reclamou falta de qualidade no produto, foi convencionado o pagamento de uma indenização no valor equivalente a 42.109 francos suíços, sendo que a firma francesa buscou por meio de uma ação intentada em 30 de junho de 1996 estender à sua fornecedora o valor pago juntamente com os 10.000 francos suíços de prejuízo próprio. Também neste processo invocou a empresa vendedora a prescrição de um ano prevista no artigo 210 do Código de Obrigações suíço.

Sem problemas percebe-se nos dois casos, por experiência, qual a razão para que diversas ações fracassem: o momento da reclamação acerca da falta de conformidade do produto exigido pelo art. 39, parágrafo 1, da Convenção de Viena⁽⁷⁾. Isto porque a compradora francesa, alarmada por telefone pelo seu cliente na quarta-feira, dia 17 de maio, reclamou à vendedora por telefone apenas na segunda-feira subsequente, dia 22 de maio; tal foi confirmado por escrito pela compradora em 30 de maio e pela vendedora em 9 de junho. Considerando o telefonema do dia 22 de maio, uma vez que nem a lei nem o contrato exige uma reclamação por escrito, até mesmo os intérpretes mais exigentes do art. 39, parágrafo 1, da Convenção de Viena irão interpretar os cinco dias como “um prazo razoável” (“un délai raisonnable”)¹⁶.

O Tribunal de Genebra arremata esta clara afirmação com uma estranha constatação, no sentido de que as partes com razão concordaram que a compradora denunciou o defeito em momento oportuno, portanto em observância ao prazo previsto no art. 39 da Convenção, ou seja, o mais tardar em junho de 1995. “O mais tardar em junho” - esta expressão vaga não deve confundir os compradores futuros: o Judiciário não faz brincadeiras e impõe rédea curta! No caso em debate, o prazo seria sexta-feira, dia 9 de junho, como dia da confirmação por escrito. Mas permanece a dúvida: seria a data do comunicado? Do carimbo do correio? Do recebimento da comunicação pela compradora em Genebra? A respeito disso dispõe a sentença que ficaria a critério das partes definir em juízo a propriedade do prazo para reclamação, o que, em virtude da natureza dispositiva do art. 39, parágrafo 1º, da Convenção, deve ser passível de fundamentação, porém não é em hipótese alguma evidente. E isto tudo apenas em discussão lateral.

⁽⁷⁾ Assim dispõe o art. 39, parágrafo 1º, da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no texto original em Espanhol: “1) El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.” (N. da T.)

¹⁶ Conferir a colaboração de Camila Baasch Andersen, analisando decisões de tribunais e juízos arbitrais de sete países, em Pace Essay Contest 1998, Reasonable Time in Article 39 (1) of the CISG – Is Article 39 (1) Truly a Uniform Provision?, in: Pace International Law Review (ed.), Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 1999, 63-176.

A questão real e complexa em ambos os casos, como logo se verá, não corresponde ao reduzido prazo para reclamação do art. 39, parágrafo 1º, da Convenção de Viena, mas o prazo decadencial de 2 anos previsto no parágrafo 2º desse artigo⁽¹⁾, o qual colide com o prazo prescricional de um ano para a garantia contra defeitos do produto, nos termos do Direito suíço. Pode a clássica prescrição reduzida do direito de ação ser aplicada ao direito de compra e venda internacionalmente unificado? Ou é necessário um lapso temporal mais generoso? Esta questão nova e ainda não resolvida na Suíça devia ter sido discutida previamente, porque em ambos os casos a ação foi intentada após transcorridos mais de 12 meses (em 30 de julho de 1996, em Genebra, e em 26 de novembro de 1997, em Paris).

A oposição a ambas as pretensões restaria, de plano, sem objeto, caso vigorasse o prazo de 4 anos previsto na Convenção Paralela de Nova Iorque, ou seja, na Convenção das Nações Unidas sobre a Prescrição na Compra e Venda Internacional, de 14 de junho de 1974, na versão do Protocolo de 11 de abril de 1980, vigente desde 1º de agosto de 1988¹⁷. Tal Convenção, todavia, não pode ser aplicada, porquanto a Suíça – assim como a Alemanha e a Áustria – não aderiu a essa Convenção de pouco sucesso dentre os europeus ocidentais¹⁸, em que pese todos os bons argumentos a favor¹⁹, e ao que parece não tenciona fazê-lo.

A Convenção de Viena de 1980 não contempla a questão da prescrição. Conseqüentemente utiliza-se aqui, assim como em outras lacunas, a cláusula do art. 7º, parágrafo 2º, remetendo-se aos “*principes généraux dont elle s’inspire*”, e de forma subsidiária à “*loi applicable en vertu des règles du droit international privé*”. Como até agora ninguém logrou extrair desta Convenção “*princípios gerais*” sobre a prescrição²⁰, permanece aberto apenas o caminho da lei aplicável segundo as regras do Direito Internacional Privado, no caso do art. 118, parágrafo 1º, da Lei Suíça sobre normas de colisão de 1987 e da Convenção de Haia de 15 de junho de 1955 sobre lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de bens móveis corpóreos. Segundo

(1) No texto original em Espanhol da Convenção: “2) En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que esse plazo sea incompatible con un período de garantía contractual.” (N. da T.)

¹⁷ Último Stand acessável pela *homepage* contida na nota nº 2. Maiores detalhes em Peter Schlechtriem, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG* -, München: Beck, 3. Auflage 2000, p. 879, 927.

¹⁸ Excetuando os Estados Unidos, a Noruega e a antiga República Democrática Alemã, os 25 Estados-Membros dividem-se entre Europa Oriental (Bielorrússia, Bósnia-Herzegovina, Eslováquia, Eslovênia, Iugoslávia, Hungria, Moldávia, Polónia, Romênia, República Tcheca e Ucrânia), África (Burundi, Egito, Gana, Guiné, Uganda e Zâmbia) e América Latina (Argentina, Cuba, México, República Dominicana e Uruguai).

¹⁹ Thea Krapp, *Die Abkommen der Vereinten Nationen über den Kauf und über die Verjährung beim internationalen Warenkauf*, in: ZSR/RDS 103 (1984), I, 289, 311-315; *The Limitation Convention for International Sale of Goods*, in: *Journal of World Trade Law* 19 (1985) 343-363 (problema citado às fls. 353, 363); François Chaudet, *La garantie des défauts de la chose vendue en droit suisse et dans la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise (CV)*, in: François Dessemontet (ed.), *Les contrats de vente internationale de marchandises (Journée d'étude, Lausanne 4.10.1990)*, Lausanne: CEDIDAC Vol. 20, 1991, p. 83, 124, assim como Heinrich Honsell, *Das Übereinkommen über den internationalen Warenkauf (Wiener Kaufrecht)*, in: *plädoyer* 1990, 38, 44 e em todas as quatro edições de seu “*Schweizerischen Obligationenrechts Besonderer Teil* (1991 a 1997)”, § 15, cap. VI. Ver especialmente Katharina Boele-Woelki, *De verjaring van vorderingen uit internationale koopovereenkomsten*, in: *Europees Privaatrecht, Molengrafica* 1996, 99-146, que analisa este problema do ponto de vista do Direito Comparado (ponto 6, p. 127-130) e se baseia fortemente em Marchand (nota nº 34). Na versão em inglês: *The limitation of rights and actions in the international sale of goods*, in: *Uniform Law Review / Revue de droit uniforme* IV (1999-3) 621-650 (ponto IV, p. 645-648) as decisões de Genebra não foram analisadas.

²⁰ Conferir Ulrich Magnus, *Die allgemeine Grundsätze im UN-Kaufrecht*, in: *RabelsZ* 59 (1995) 469-494.

o seu art. 3º, submete-se o contrato de compra e venda, ausente disposição das partes, ao direito interno do Estado no qual o vendedor possui sua residência habitual no momento em que recebe a encomenda. E este corresponde, nos casos sob exame, ao direito material suíço, já que as vendedoras acionadas tinham suas respectivas sedes na Suíça. Neste ponto há unanimidade.

Não unânime, todavia, é a discussão acerca do direito material suíço: qual das muitas regras prescricionais deve ser aplicada?

Há quase 20 anos este problema foi reconhecido na própria Suíça e discutido em um colóquio do Instituto Suíço de Direito Comparado. Daí resultou apenas uma recomendação irreal, de se ratificar a Convenção Paralela sobre Prescrição²¹. Como convidado em Lausanne disse na ocasião um dos presidentes da Conferência de Viena de 1980: “Se um Estado adota apenas a Convenção de Viena e não a de Nova Iorque e o prazo prescricional de seu direito nacional for mais curto que o previsto no art. 39 da CISG, então ou o legislador ou o juiz terá que sofrer as conseqüências²².”

II Preenchimento das lacunas pelo legislador

1. Na Alemanha, onde o prazo prescricional do § 477, parágrafo 1º, do BGB de seis meses, é considerado curto, correspondendo à metade do prazo previsto pelo art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações suíço, este problema não passou despercebido. De tempos em tempos havia discussão entre os doutrinadores: Estariam as normas especiais como a do § 477 do BGB em consonância com a regra exaustiva da Convenção de Viena? “De maneira nenhuma”, diria aquele que prega a prescrição genérica de 30 anos, nos termos do § 195 do BGB. “Não”, diria outro, desde que “o comprador não tenha tempo de se decidir”²³. Por sorte há um terceiro – seja quem for, que não quer ficar para trás – que oportunamente chega à conclusão salvadora de que as normas nacionais e internacionais devem se reconciliar. Esta gesto elegante consistiria em se fixar no prazo mais reduzido, cujo cômputo não iniciaria nem com a entrega da mercadoria, nem como a descoberta do defeito²⁴, mas apenas com a sua notificação no prazo²⁵.

²¹ Pierre Widmer, *Droit et obligations du vendeur*, in: *Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf* (Lausanner Kolloquium 19./20.11.1984), Zürich: Schulthess (Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung n° 3) 1985, p. 91, 102, assim como discussão em Krapp 105 (alemão), 106 (inglês) e novamente Widmer 106. Ao contrário, porém de forma improdutiva, Rémy Wyler, *Garantie, conformité et inspection des marchandises dans la vente internationale*, in: *Recueil de travaux offert à François Gilliard*, Tolochenaz: Chabloy 1987, 175-193, porquanto ele não percebeu o problema, mas apenas lamentou – indicando como referência o “*Annuaire CNUDCI*, vol. X (1979), p. 157” – a diversidade de prazos nacionais oscilantes entre 6 meses e 30 anos: “*inégalités qui ne sont guère souhaitables*.” (190).

²² Roland Loewe (nota anterior), 106, mencionado por Fritz Enderlein in *Kommentar Enderlein/Maskow/Strohbach, Internationales Kaufrecht*, Berlin: Haufe 1991, Art. 39, n° 6, p. 136.

²³ Ulrich Huber, *Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über Internationale Warenkaufverträge*, in: *RabelsZ* 43 (1979), 413, 483 e Peter Schlechtriem, *Einheitliches UN-Kaufrecht*, Tübingen: Mohr 1981, p. 62, nota 274. Contra ambos: Rolf Herber/Beate Czerwenka, *Internationales Kaufrecht*, München: Beck 1991, Art. 3 VertrG, Rn. 3, p. 408-409.

²⁴ Assim Ulrich Huber no final do comentário sobre decisão, in: *IPRax* 8 (1988) 147, 150 (“kompliziertere und weniger extreme Lösung”) (decisão mais complicada e menos extremada).

²⁵ Hans Stoll, *Internationalprivatrechtliche Fragen bei der landesrechtlichen Ergänzung des einheitlichen Kaufrechts*, in: (2.) *Festschrift Ferid*, Frankfurt/M.: Standesamtswesen 1988, p. 495, 509, com réplica crítica na nota n° 57 sobre uma proposta de resultado semelhante de Hein Kötz. Igualmente crítico em relação à posição de Stoll sobre a questão da prescrição ver Christoph Schmid, *Das Zusammenspiel von Einheitlichem UN-Kaufrecht und nationalem Recht: Lückenfüllung und Normenkonkurrenz* (Diss. München 1995), Berlin: Duncker & Humboldt 1996, p. 76-79.

Esta construção cai em campo fértil, quando no outono de 1988 o Ministério da Justiça prepara o processo parlamentar sobre a Convenção de Viena (sem a Convenção Paralela de Nova Iorque). Para não “abrir um buraco” no art. 39, parágrafo 2º, da Convenção de Viena, como menciona a fundamentação oficial do governo federal, deve ser extraído do § 477, parágrafo 1º, do BGB o início do prazo²⁶.

E assim foi regulamentada, por decisão unânime, uma norma para ratificação, chamada “Vertragsgesetz”, de 5 de julho de 1989. Em seu art. 3, diferentemente do que prevê o direito de compra e venda interno alemão, foi fixado o prazo de seis meses do § 477, parágrafo 1º, do BGB para negócios internacionais sob à égide da Convenção de Viena, que se inicia apenas com a notificação do defeito: “... no dia a partir do qual o comprador notifica o vendedor acerca da violação do contrato, segundo o art. 39 da Convenção de Viena” (*verbis*: “... mit dem Tage, ab dem der Käufer gemäß Art. 39 CISG die Vertragswidrigkeit anzeigt”)²⁷.

Uma palavra clara do legislador banuiu oportunamente uma insegurança jurídica que se mostraria iminente com o passar do tempo.

Todos os tribunais alemães e estrangeiros que tiverem de aplicar direito material alemão, saúdam esta previsão legislativa. A título de exemplo, é digno de cumprimentos o Tribunal Regional de Düsseldorf²⁸ em virtude de um litígio no valor de 14.000 marcos alemães: um engenheiro dinamarquês, que cruzou o oceano até o Caribe com seu barco à vela, encomendou no final de novembro de 1993 de um fabricante alemão um gerador para o sistema de refrigeração. Depois de cinco semanas de idas e vindas, o engenheiro devolveu frustrado o gerador por ser imprestável para o fim pretendido. A sua ação visando o ressarcimento do preço pago e uma indenização pelos danos causados foi intentada, no entanto, apenas no final de novembro de 1994. Neste caso a notificação do defeito já datava de mais de seis meses.

Consoante o ordenamento jurídico do vizinho suíço, essa mesma ação não fracassaria pela oposição da prescrição, o que nos leva a refletir acerca de parte do direito de compra e venda unificado. Não se trata disso aqui. No caso específico, trata-se muito mais do fato de que no país ninguém sabe com segurança quando essas pretensões prescrevem, bem como que o espectro de opiniões varia de 12 meses a 10 anos, e isso sim leva a uma necessidade de reflexão ainda maior.

2. O legislador suíço deveria ter agido de forma semelhante ao colega alemão. Na Suíça, o curto prazo prescricional de 12 meses do art. 210 do Código de Obrigações corresponde ao dobro do previsto no supramencionado § 477 do BGB alemão, porém esta preferência proporcionalmente insignificante do direito suíço faria com que

²⁶ Bundestags-Drucksache 11/3076 (7.10.1988), p. 6-7 e 49-50.

²⁷ BGBl 1989 II 586, publicado em todos os comentários, como por exemplo em Schlechtriem (nota 12), 875-877.

²⁸ LG Düsseldorf 11.10.1995 – Az. 2 O 506/94 -, não publicada. Maiores detalhes em CISG *online* nº 180 = UNILEX 1997/I D. e E. 1995-27.1, assim como Rassegna Caso nº 194, in: Diritto del commercio internazionale 12 (1998) 1077, 1090-1091. Pouco antes ver OLG Hamm 9.6.1995, NJW-RR 1996, 179 = IPRax 1996, 269 = RIW 1996, 689 = IPRspr. 1995 nº 29, no qual uma observação de Schlechtriem ... IPRax 16 (1996) 256, 257 aponta a inutilidade das respectivas construções.

comprador negociante, do ponto de vista do direito unificado e de uma forma mais elegante no caso concreto, obtivesse um preço aceitável ou mais representativo para a maior segurança jurídica que lhe seria conferida. O argumento de que Berna não conhecia o modelo de Bonn, e que nem podia conhecê-lo, não prevalece, haja vista a publicação do Parlamento Alemão neste sentido ter ocorrido no outono de 1988²⁹, enquanto a mensagem do Senado suíço apenas datar de 11 de janeiro de 1989³⁰.

Esta mensagem do Senado suíço contenta-se com a indicação resignada de uma “solução insatisfatória”, como se não tivesse existido nem o Colóquio de Lausanne de 1984, nem o projeto de lei alemão de 1988. Segundo essa solução, o comprador, apesar do prazo de dois anos previsto pela Convenção de Viena para reclamação de defeitos, “não poderia fazer valer seu direito, caso o prazo prescricional da ação de um ano contido no art. 210 do Código de Obrigações já tiver expirado”³¹. Aqui a solução é mais que insatisfatória, tendo sido considerada absurda já à época da discussão em Lausanne. E uma reflexão insatisfatória não deve ser aceita como “solução” no futuro.

Também os repetidos apelos por parte da doutrina desde 1989 não foram até agora ouvidos, doutrina essa que indica o dilema e entende “desejável”³² ou “indispensável”³³ uma explicação por parte do legislador. Com isso a insegurança jurídica já está programada para a prática.

A pergunta que aqui se faz: como se explica a passividade do legislador suíço? Sono profundo? Indiferença? Ou talvez exatamente o contrário: um silêncio muito persuasivo?

a) As decisões de Genebra não fazem muita cerimônia

No seu julgamento em primeira instância, a juíza singular, sem referir esta decisão do legislador, considerou sem rodeios o art. 210 do Código de Obrigações como uma norma especial extraída da responsabilidade por vício do produto prevista no ordenamento nacional, a qual suplanta no âmbito internacional mais elevado a regra de prescrição geral do art. 127 do mesmo Código:

“... l’art 210 CO n’est pas applicable; en effet il s’agit là d’une règle spéciale et non pas générale, du droit suisse, règle spéciale régissant l’action en garantie prévue par le droit suisse, or, en l’espèce, ce n’est pas d’une telle action en garantie qu’il s’agit, mais de celle prévue par la Convention de Vienne; il est ainsi donc logique et normal que cette règle spéciale et particulière à l’action du droit suisse ne s’applique pas à une action du droit international.

²⁹ Bundesrats-Drucksache 372/88 de 12.8.1988 e Bundestags-Drucksache 11/3076 de 7.10.1988.

³⁰ BBl. 1989, 745.

³¹ BBl. 1989, 793.

³² Heinrich Honsell in: Honsell/Vogt/Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel: Helbing & Lichtenhahn, Art. 20 OR, cap. VII, Rn. 8 (1. Auflage 1992, p. 1108; 2. Auflage 1996, p. 1171); assim como Silvio Venturi, La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose, Thèse Fribourg: Editions Universitaires 1994, p. 156 n^o 707.

³³ Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bern: Stämpfli, § 15, cap. VI (a partir da 2. Auflage 1992, p. 127; 3. Auflage 1995, p. 145; 4. Auflage 1997, p. 141).

*C'est donc bien la règle générale de l'art. 127 CO qui s'applique*³⁴.

Em oposição a isto os três juízes da segunda instância viram neste caso a colisão de normas entre o art. 210, parágrafo 1º, do Código de Obrigações e o art. 39, parágrafo 2º, da Convenção de Viena³⁵, não reclamaram, todavia, o seu direito de criação jurídica com a longa busca de preenchimento de lacunas. Aqui podemos nos sentir um pouco como na Corte de Cassação francesa que assim dispôs:

“Saisi d'une question non résolue par la loi – et discutée par la doctrine – le juge doit lui-même se prononcer selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur (art. 1 al. 2 CC).”

Assim fracassam os juízes no preenchimento de lacunas apesar da invejável tradição de seu Código Civil, que conclama a atuação dos juízes em caso de lacuna de forma expressa e em caso de necessidade, não obstante a separação de poderes.

b) Ao contrário desta solução dada pelo Judiciário opôs-se a vendedora suíça frente ao Tribunal Arbitral da Câmara de Comércio Internacional com total veemência³⁶. Ela invoca a mensagem do Senado de 1989 e o debate parlamentar ocorrido no mesmo ano. Segundo ela, teria o legislador conscientemente deixado de atacar as normas nacionais sobre prescrição, sendo que tal omissão pode provocar divergências. O legislador optou em deixar que as próprias partes, no caso concreto, evitassem por precaução o problema, ou seja, que as partes contratantes possam a qualquer tempo acordar quais os prazos que devem valer para as relações especiais advindas do contrato. O comedimento do legislador deve ser respeitado como silêncio qualificado, um silêncio que proíbe aos árbitros e juízes atuarem mais tarde como legisladores. A adaptação do direito material suíço seria, pois, assunto exclusivo do legislador suíço.

Confrontando-se com esta forte oposição metódica, curva-se o juiz singular sobre a matéria fundamental da ratificação da Convenção de Viena e verifica pormenorizadamente se o mencionado silêncio qualificado pode ser interpretado como tal, constatando, de mãos amarradas, conseqüentemente, que a ação estaria efetivamente prescrita.

³⁴ Três passagens na literatura confirmam este resultado: O único Comentário gaulês-franco-italiano sobre a CISG de Karl H. Neumayer / Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Lausanne: CEDIDAC vol. 24, 1993, Art. 4, n° 12, p. 76; Sylvain Marchand, *Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale* (Thèse n° 696 de la Faculté de Droit de l'Université de Genève), Bâle/Francfort-sur-le-Main: Helbing & Lichtenhahn, Collection Genevoise 1994, p. 285-293, sobretudo p. 291 e 293; e Eugen Bucher na *Coletânea* por ele editada do *Berner Tage für die juristische Praxis* 1990: Wiener Kaufrecht, Bern: Stämpfli 1991, p. 48-49, sobretudo p. 49. Partidários ainda hoje desta solução fora da suíça: Heuzé e Witz (nota 55).

³⁵ De maneira interessante os três votos não se referem à decisão em instância inferior (nota anterior) e se baseiam simplesmente em um único autor alemão, qual seja, em Heinrich Honsell, por um lado em seu comentário, editado em conjunto com Vogt e Wiegand (nota 32), 2. Auflage, 1996, p. 1171 e, por outro, em seu livro (nota 19), 4. Auflage, 1997, p. 141.

³⁶ A passagem que segue está de certa forma descontextualizada, porque sem o conhecimento do original não se pode seguir o relatório em inglês (nota 14).

De fato, verifica o juiz em primeiro lugar que o governo reconheceu este ponto fraco, manifestou-se brevemente em sua mensagem ao Parlamento a respeito e tentou a sorte em um acordo sobre prescrição a ser celebrado pelas partes contratantes.

Em oposição a isso, os Protocolos da Assembléia relativos ao debate parlamentar sobre o assunto são excepcionalmente concisos e improdutivos, considerando-se a importância da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional. É questionável, inclusive, se ambas as câmaras teriam sido suficientemente bem instruídas pelo Senado acerca do problema e se elas realmente poderiam ter decidido de sua consciência e expressamente contra a adaptação jurídica do prazo exíguo do art. 210, parágrafo 1º, do Código de Obrigações para a compra e venda internacional de mercadorias.

No Conselho Nacional, o relator da comissão que tratava da matéria sequer falou acerca da possível discrepância entre a Convenção internacional e o direito nacional. E, sem maiores discussões, aceitou-se no Conselho a adesão à Convenção de Viena.

Na Segunda Câmara, representativa dos Cantões, o relator da comissão correspondente ainda tentou levantar algumas diferenças entre a Convenção de Viena e o direito interno de compra e venda, apontando entre outros o extenso prazo máximo de dois anos para a reclamação de defeitos. Mencionou, também, que quando da aplicação da Convenção poderiam surgir, por óbvio, conflitos e que seriam desejáveis adaptações do sistema normativo em questão. Ficou em aberto, todavia, a quem caberia proceder às adaptações desejáveis: à legislação ou à jurisprudência. A este respeito a Segunda Câmara não se manifestou e igualmente aprovou a Convenção de Viena.

Em face do tratamento dado para a questão, o juiz singular não pode descobrir pontos de apoio para um silêncio qualificado do legislador: O Conselho Nacional deixou de apreciar a matéria enquanto a Segunda Câmara remeteu para o futuro as adaptações desejáveis.

E se, conclui o juiz arbitral, o legislador suíço silenciou inconscientemente, então mostra-se aqui uma “lacuna legislativa inautêntica”. O expresso teor do art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações prevê a prescrição de um ano para pretensões decorrentes de defeito do produto, independentemente de a compra ocorrer além das fronteiras, ou de se submeter ao direito interno suíço ou à Convenção de Viena. O artigo cobre todas as pretensões correspondentes, decorrentes ou não da Convenção, apesar de ter sido normatizado há mais de 80 anos e especialmente para uso doméstico, sem que se pudesse à época sequer ter em mente o desenvolvimento futuro da compra e venda internacional, assim como a “estandarização” dos contratos. Assim, a sistemática diferente para notificação de defeito, seja em função do direito suíço, seja do direito de compra e venda internacionalmente unificado, deve ter por consequência racionalmente uma norma diferente para a prescrição. Visto desta forma, o teor do art. 210, parágrafo 1º, do Código de Obrigações, no contexto da Convenção de Viena, excede o seu objetivo; ele não diferencia de maneira satisfatória. Em razão da consequência insatisfatória, segundo a qual as pretensões estariam prescritas em um ano pela aplicação estrita da lei suíça, ao passo que o prazo de reclamação de 2 anos segundo o art. 39, parágrafo 2º, da Convenção

de Viena ainda corre, devem juízes e árbitros ser capaz de atuar *modo legislatoris*, por força do disposto no art. 1, parágrafo 1, do Código Civil, limitando o conteúdo (o qual esqueceu as diferenças necessárias) a um âmbito de aplicação, tal qual a *ratio legis* exige. A lacuna legal surgida desta “redução teleológica” poderia ser suprida pela aplicação analógica de um outro dispositivo apropriado ao caso³⁷.

Este resultado corresponde à conhecida regra geral, segundo a qual, em caso de conflito, uma convenção internacional de data mais recente tem primazia sobre a norma nacional mais antiga do direito suíço.

Por fim, coincide o resultado final do juiz singular da Basiléia com a decisão do Colegiado da Corte de Justiça de Genebra, no sentido de que o legislador suíço, aqui e lá, abdicou da questão referente à prescrição da ação no tocante à reclamação de falta de conformidade do produto, sob o prisma da Convenção de Viena, tornando responsável a judicatura.

III. Preenchimento de lacunas pelo juiz

A Judicatura está reconhecidamente mal preparada para sanar as omissões legislativas. Ela está sob pressão para resolver litígios específicos e não dispõe nem de tempo livre nem de infra-estrutura e acesso à informações como o governo ou o parlamento.

Aos juízes suíços havia duas opções simples e outras duas não tão simples.

1. De forma simples, pois sem deixar de observar o âmbito nacional, deve-se nominar o esforço não visto de aplicação da prescrição extraordinária e, subsidiariamente, da prescrição ordinária do Direito das Obrigações.

a) Imprudente ou insuspeita, abandonada ou ainda com uma pequena lágrima de crocodilo, a prescrição extraordinária de doze meses prevista no art. 210 do Código de Obrigações significa nada menos que uma violação, no âmbito do Direito Internacional Público, do art. 39 da Convenção de Viena. “Pouco convincente, para não dizer absurdo”, dizia-se já em 1984 em Lausanne³⁸. E um ano mais tarde uma dissertação de Doutorado em Genebra aprofundava pormenorizadamente a discussão. Resultado: “A aplicação cega do art. 210 do Código de Obrigações viola o espírito, a letra e o objetivo da Convenção de Viena”³⁹.

Dessa forma a posição jurídica da vendedora em qualquer um dos casos não teria desde o início chance de sucesso.

b) E o que fica mais próximo do que, de forma refletida, por meio da prescrição extraordinária, evitar a aplicação da prescrição ordinária? “Na aplicação da Lei, no sentido literal, valeria aqui o art. 127 do Código de Obrigações”, já afirmava-se

³⁷ Para esta citação: Ernst A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, Bern: Stämpfli 1998, p. 162 e segs.

³⁸ Widmer (nota 21) 102. Também em 1990 Chaudet (nota 19) 124: “résultat absurde”. De outra forma ainda, em 1996, Ulrich Magnus in: H. Honsell (Hg.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer, Art. 39, Rn. 36, p. 435.

³⁹ Marchand (nota 34), p. 286-289.

discretamente no Simpósio de Berna sobre a prática jurídica em 1990⁴⁰. E de repente, uma tese de Doutorado de Zurique transforma esta oração condicional em uma indicativa!⁴¹ Este trabalho fundamenta sua preferência pelo “apropriado” (?) art. 127 e seguintes do Código de Obrigações com a sistemática da Convenção de Viena, a qual, por falta de previsão acerca de uma responsabilidade especial por defeito do produto também não necessita disciplinar acerca de prazos no aspecto. Uma reflexão mais acurada sobre as fontes concordantes citadas da Áustria, onde a prescrição ordinária do § 1478 do Código Civil Austríaco é três vezes mais longa, ou seja, de 30 anos⁴² Rudolf Welsler, *Die Vertragsverletzung des Verkäufers und ihre Sanktion*, in: Peter Doralt (Hg.), *Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht* (Symposium Baden bei Wien 17.-19.4.1983), Wien: Manz 1985, p. 105, 117; cético (ante à manifestação

“schwer erträglich

”), mas ao final resignado (

“wahrscheinlich... gilt

”) Karl Spiro, *Befristung und Verjährung der Ansprüche aus dem Wiener Kaufrechtsübereinkommen*, in: Hoyer/W. Posch (Hg.), *Das Einheitliche Wiener Kaufrecht* (Wien 20./21.4.1989), Wien: Orac 1992, p. 195, 200 e 203; posteriormente também Martin Karollus, *UN-Kaufrecht*, Wien: Springer 1991, p. 130 com a fundamentação de Ryffel. Recentemente, negando desde o início, Roland Loewe, *Internationales Kaufrecht*, Wien: Manz 1989, sobre Art. 39, ao final, p. 61 e 200.

, revelaria os dois pontos fracos desta fundamentação: Como resultado final são as mesmas divergentes entre si e, considerando-se cada uma isoladamente, os prazos são demasiados longos! O fato de os prazos serem extensos demais foi discutido na citada tese de Genebra, a qual traz à baila, de forma sutil, aspectos relativos ao Direito Uniforme – art. 39 e 49 da Convenção de Viena como obstáculo temporal e os artigos 7 e 77 da Convenção como obstáculo principal, chegando mesmo, para alguns casos, a limitar a aplicação do art. 67 do Código de Obrigações⁴³. Esta afirmação parece original e impressionante, porém complexa e incompleta e, no que diz respeito ao art. 67 do Código de Obrigações, é demasiada suíça. Permanece para o Direito Uniforme Internacional falta de uniformidade, e onde ela pode ser criada, tem-se prazos exageradamente longos.

“Demasiado longo para a garantia por falta de conformidade do produto, mesmo no contexto internacional da Convenção de Viena”, já mencionava também a decisão

⁴⁰ Eugen Bucher, *Überblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts, dessen Verhältnis zur Kaufrechtstradition und zum nationalen Recht*, in: *Wiener Kaufrecht* (nota 34) 19, 49. Menos discreto, todavia, H. Honsell (nota 19), *plädoyer* 1990, 44 e *Lehrbuch* 1. Auflage 1991, p. 114 (a partir da 2. Auflage 1992 cada vez menos detalhado).

⁴¹ Gritli Ryffel, *Die Schadenersatzhaftung des verkäufers nach dem Wiener Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980* (Diss. Zürich 1992), Bern: Lang 1992, p. 23, nota 132 (“ebenso im Prinzip auch Bucher”).

⁴³ Marchand (nota 34), p. 291-295.

arbitral, enquanto o Tribunal de Genebra, seguido pela dissertação de Genebra, assim não compreendem; a decisão em sede de recurso sequer olha para o art. 127 do Código de Obrigações.

2. Tem-se agora a exigência inútil da compradora, salvar-se no processo judicial não por meio da prescrição ordinária, mas pela extraordinária, oportunizando ao Tribunal de Segunda Instância de Genebra fazer uma opção a respeito.

a) Um primeiro “tubo de ensaio” já foi utilizado durante o citado Simpósio de Berna de 1990. “Esta certo” – dizia a alternativa até então não utilizada do art. 210 ou do art. 127 do Código de Obrigações – que o art. 39 da Convenção de Viena “também deve estender-se ... ao prazo prescricional”. “Não se exclui, todavia, a possibilidade de correção, admitindo-se um prazo de 2 anos (sendo que aqui pode ser invocado o argumento de uma avaliação equânime do prazo para reclamação e prescricional do art. 210 do Código de Obrigações)”. O prazo prescricional somente deve começar a fluir com o surgimento da pretensão, ou seja, ao contrário do que dispõe o art. 210 do Código de Obrigações, não a partir da entrega do bem, mas sim “da descoberta do defeito”⁴⁴.

Qual a norma que deve ser corrigida: a do art. 210 ou do art. 127 do Código de Obrigações? E por quem: legislador ou tribunais? E indo mais além: Permitindo-se que o prazo se inicie com a descoberta do defeito, distancia-se então do critério do Direito Uniforme, ao qual em verdade pretendia-se a proximidade (art. 39 da Convenção fala em dia da entrega efetiva), chegando-se, em casos extremos, à adição de 4 anos. Sendo descoberto e notificado um defeito pouquíssimo tempo antes do decurso do prazo de dois anos do art. 39, parágrafo 2º, da Convenção, poderia o comprador ter direito de ação ainda por mais dois anos. Desta forma atinge-se na prática um prazo de quatro anos e a pergunta que se faz é: Deve-se presentear o comprador com esta construção ou não seria mais fácil, por via direta, aderir à Convenção de Nova Iorque sobre Prescrição de 1974/1980.

O Tribunal de Cassação de Genebra não adotou, com razão, este tipo de adaptação.

b) Adotou, ao contrário, em uma segunda tentativa, adaptando o direito interno ao direito internacional uniformizado, relativamente ao art. 210 do Código de Obrigações, o posicionamento de dobrar o prazo indubitavelmente ali previsto de um ano. Esta estratégia já podia ser encontrada, de forma sutil, no *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht* com dois postulados: em primeiro lugar, “o art. 210 do Código de Obrigações não deve ser aplicado”, quando estiver em questão o art. 39, parágrafo 2, da Convenção de Viena; em segundo lugar, as pretensões baseadas na Convenção não devem prescrever, enquanto os prazos do seu art. 39 não estiverem transcorridos

⁴⁴ Eugen Bucher (nota 34) 49; este prazo é invocado no sentido de que também em contratos mistos de empreitada e venda, segundo a Convenção, o prazo de um ano do art. 371, parágrafo 1º do Código de Obrigações deve ser estendido “por dois anos”: Gaudenz G. Zindel/Urs Pulver in: Honsell/Vogt/Wiegand (nota 32), art. 371, Rn. 8 (1. Auflage de 1992, p. 1854, 2. Auflage de 1996, p. 1994).

para o comprador”⁴⁵. Expressamente contrária a esta estratégia manifesta-se a supra mencionada dissertação de Genebra: Nenhum tribunal deve estimular a interpretação de direito positivo indubitável; para esse tipo de adaptação somente o legislador seria competente⁴⁶.

Permite-se aqui especular se esta posição contrária não teria sido menos ríspida, se à época já se tivesse conhecimento de um estudo em St. Gallen, o qual sem rodeios conclui que o conflito “apenas poderia ser solucionado no sentido de que o prazo de prescrição reduzido deve ser dilatado até o decurso do prazo decadencial”, e isso “em analogia à relação do prazo prescricional e do prazo de garantia mais longo”⁴⁷.

A decisão do Tribunal de Segunda Instância de Genebra adotou este raciocínio, porém sem menção à interpretação ou à analogia. A mensagem do Senado Federal de 1989 teve a honra de vislumbrar este problema, sem vacilar, por meio desta “solução” aceita (nomeadamente a aplicação singela do art. 210 do Código de Obrigações), em diagnosticar tratar-se de “une question non résolue par la loi – et discutée par la doctrine”. Assim deixou-se o caminho livre para a construção jurisprudencial segundo o art. 1, parágrafo 1º, do Código Civil. Ausente doutrina comprovada ou entrega do bem, procurou o Tribunal reconciliar o art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações com o art. 39, parágrafo 1, da Convenção, vigente no país desde 1991, possibilitando que o prazo prescricional “coincida” com o prazo decadencial de dois anos:

“... la Cour considère qu’il convient d’adapter les deux délais... l’un à l’autre en faisant coïncider de délai de prescription de l’article 210 al. 1 CO avec le délai maximum de déchéance de l’article 39 de la Convention (2 ans). Cette solution a pour elle la logique, dans la mesure où elle ne modifie pas fondamentalement l’article 210 al. 1 CO (le délai de prescription correspond au délai maximum de déchéance), mais l’harmonise avec la nouvelle législation.”

Assim permanece intacto o cerne do art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações.

Também o árbitro, o qual conhecia a construção de Genebra, deseja “manter a concepção do art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações; a adaptação não deve ir além do necessário, a fim de solucionar a tensão do art. 39, parágrafo 2º, da Convenção de Viena.

O contraste não poderia ser maior: para as partes litigantes em um processo, no resultado prático – sem prescrição – nada se altera: Teoricamente, todavia, na Segunda Instância, houve a substituição criativa de uma simples opção a qual foi, dois anos mais tarde, também recepcionada favoravelmente pelo árbitro.

⁴⁵ Honsell (nota 32); excepcionalmente “vale apenas art. 39, parágrafo 2º” (no original: “gilt nur Art. 39 Abs. 2”). Assim também escrevem, sem maior fundamentação, Max Keller/Kurt Siehr, Kaufrecht, Zürich: Schulthess, 3. Auflage 1995, p. 167, Rn. 3.3.

⁴⁶ Marchand (nota 34) 289-290 e nota 873 ao final.

⁴⁷ Patrick Tannò, Die Berechnung der Rügefrist im schweizerischen, deutschen und UN-Kaufrecht (Diss. St. Gallen nº 1407), St. Gallen: Dike – St. Galler Studien zum Internationalen Recht Band 13, 1993, p. 288.

IV. Perspectiva crítica

Apesar deste elogio e sem menosprezo, gostaria de lançar algumas considerações críticas para reflexão.

A decisão da Corte de Cassação de Genebra de 10 de outubro de 1997 defendeu sua opção, como demonstrou a citação, de forma lógica. O art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações foi analisado em consonância com a Convenção de Viena (o prazo de prescrição corresponde ao prazo decadencial do art. 39 da Convenção de Viena) e permanece em essência intocável. O mesmo disse o árbitro ao falar em manutenção da “concepção” desta norma (“not a total contradiction to its concept”⁴⁸ Relatório (nota 14), 86.

).

Quem pode imaginar... aceitar esta “consonância”, apesar de ela, como se demonstrará a seguir, apenas “soar” à frente. A “lógica” e a “intangibilidade”, ao contrário, não querem se manifestar em todos os lugares.

A solução encontrada padece sobretudo na “convergência” de prazo prescricional e decadencial.

Vamos considerar que nos últimos minutos do decurso do prazo de dois anos previsto no art. 39, parágrafo 2, da Convenção de Viena fosse descoberto e ainda oportunamente notificado um defeito até então totalmente oculto: Como deveria o comprador infeliz, com vistas no prejuízo emergente, evitar de outra forma suas pretensões, a não ser por meio de uma ação? Sob o ponto de vista puramente prático, isto é, em primeiro lugar, algo impossível – frente à guilhotina da prescrição não haveria fuga! Em segundo lugar, se ainda houvesse tal possibilidade, chegando-se a um resultado totalmente indesejado sob o ponto de vista do comércio internacional e por isso juridicamente insuficiente: uma tal parte contratante atingida já seria há muito parceiro em negócios.

A esta crítica⁴⁹ já reagiu a decisão arbitral intermediária, considerando-a não convincente. A decisão remete à possibilidade de uma interpelação judicial ao invés de uma ação, a fim de interromper o decurso do prazo prescricional, ainda que no último dia; uma guia de remessa poderia explicitar este acontecimento extraordinário e assim deixar em aberto a possibilidade de acordo amigável entre as partes⁵⁰.

Esta tentativa de salvação está condenada desde o início a fracassar, porquanto apresenta-se no caso concreto não menos impraticável, nem menos desconectada do pragmatismo dos comerciantes. Este tipo de rebate falso – seja por meio de uma interpelação judicial, seja por uma ação – viola o espírito da Convenção de Viena.

Aqui falha a construção suíça, pois falta um lapso temporal razoável entre a última possibilidade de reclamação e a prescrição da ação.

Para isso poderiam contribuir dois modelos de solução.

⁴⁸ Em anexo a minha tradução da decisão de Genebra em sede de recurso a crítica está condensada em uma oração subordinada (nota 13), enquanto meu colega de Saarbrücken Claude Witz o fez de forma ainda mais aguçada: “La recherche d'une solution amiable serait alors radicalement exclue: la dénonciation devrait s'accompagner d'une assignation. Selon les juges genevois de seconde instance, la solution retenue 'a pour elle la logique', mais qui n'est pas celle de la Convention de Vienne” (nota 13) 316.

⁵⁰ Relatório (nota 14) 90 e nota 18.

⁵¹ Marchand (nota 34) 290 n° 297; de forma diferente Pouliadis (nota 58), assim como W. Posch (nota 54).

Um dos modelos é inclusive citado pelo Tribunal de Genebra. Trata-se da solução legal apresentada inicialmente pelo vizinho alemão em 1989, a qual a dissertação de Genebra classificou como uma excelente adaptação do direito nacional no direito internacional unificado, porém apenas *de lege ferenda*⁵¹. Se os juízes suíços resolvem de forma corajosa atuar como legislador para fins de preenchimento de lacunas, por que eles não aproveitam a oportunidade para discutir a solução correspondente, prevista há longo tempo na lei, e ponderar as vantagens e desvantagens de uma solução por meio de construção jurisprudencial? Deixar transcorrer a prescrição de um ano do art. 210, parágrafo 1, do Código de Obrigações, a partir da notificação do defeito, no contexto da Convenção de Viena, ressaltando-se aqui sua extensão, traria de qualquer forma um crescimento em “consonância”, em “lógica” e em “intangibilidade”, assim como, sobretudo, em “uniformidade com o Direito Uniforme”. Assim permanece sem resultado a referência à situação jurídica alemã, tratando-se de mera citação acadêmica.

O outro modelo que estaria à disposição não seria tão rígido como o da norma adaptada (§ 477 BGB e art. 210 do Código de Obrigações) e, por isso, teria preferência no contexto da sobretudo flexível Convenção de Viena. Ele se encontra na literatura austríaca desde 1989 e visa a um objetivo determinado: proporcionar ao comprador, no caso de reclamação, ainda dentro do prazo decadencial de dois anos para fazer valer seus direitos um prazo “adequado”⁵². Esta solução seria desenvolvida no processo de preenchimento de lacunas diretamente por meio do art. 39, parágrafo 2, da Convenção de Viena, assim como em respeito ao espírito dessa Convenção, estando em conformidade com a idéia básica da fixação de prazo curto, deixando intacto o art. 210 do Código de Obrigações para o direito interno, aproximando-se da solução alemão e podendo servir como modelo para outros Estados-membros da Convenção com problemas similares. Em resumo, seria uma espécie de uma solução generalizadora no âmbito do Direito Uniforme.

A despeito dessas considerações de como se poderia fazer melhor⁵³, deve-se manifestar respeito aos juízes na Suíça. De forma corajosa eles na primeira oportunidade

⁵² Loewe (nota 42) Art. 39, p. 60, tratado por Burghard Piltz, Internationales Kaufrecht, München: Beck 1993, § 5 Rn. 90, p. 203.

⁵³ Enquanto alguns autores não diferenciam o problema, como por exemplo Wilhelm-Albrecht Achilles, Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), Neuwied/Kiftel: Luchterhand 2000, art. 39 Rn. 18, p. 119, remetendo ao art. 4 Rn. 14, p. 22 com a absurda nota 33a, ou ainda Franco Ferrari na terceira edição do Comentário de Schlechtriem (nota 12), art. 4, Rn 35, p. 100; ou, ainda, contentam-se com a indicação de “fricções”, como André Janssen, Die Untersuchungs- und Rügepflichten im deutschen, niederländischen und internationalen Kaufrecht (Diss. Münster 2001), Baden-Baden: Nomos, p. 217 supra; outros, que vêem o problema, deixam-no escondido, como o fez Ingeborg Schwenzer, in: recht 1991, 113, 118, r.Sp. e infelizmente também na obra traduzida para os “English-speaking-readers” de todo o mundo de Peter Schlechtriem (ed.), Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Oxford: Clarendon 1998, art. 39, n° 29, p. 318 (“solution still uncertain”), assim como na recente edição alemã (nota 17), art. 39, Rn. 29, p. 365 (“Lösung noch unsicher”) – cujo remédio ainda é aquele do Parlamento de 1989; de forma semelhante, em 1994, Venturi (nota 32), 307, n° 1423 (“solution boiteuse”) e um manual de Stefano Corvaglia, Das einheitliche UN-Kaufrecht – CISG, Bern: Stämpfli 1998: “... em todo o caso... a fim de evitar inseguranças jurídicas, as partes fazem bem em precisar no contrato o início e a duração do prazo prescricional” (no original: “um allfällige... Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, tun die Parteien gut daran, im Vertrag den Beginn und die Dauer der Verjährungsfrist... genau zu vereinbaren”). (p. 35, Rn. 5.4). De forma genérica, Hanns-Christian Salger, in: Witz/Salger/Lorenz, International Einheitliches Kaufrecht, Heidelberg: Recht und Wirtschaft 2000, art. 39, Rn. 17, p. 302, requer “interpretação limitada das disposições nacionais sobre prescrição”, sem definir de que maneira.

atuaram com vigor e colocaram fim provisoriamente a uma insegurança jurídica indesejável para a prática, refletida na literatura de forma expressa. Resta esperar para verificar se outros tribunais superiores ou arbitrais seguirão este tipo de preenchimento de lacuna e como algum dia quiçá distante reagirá o Tribunal Federal em Lausanne.

Fora da Suíça, já amanhã, poderiam tais lacunas se fazerem igualmente presentes: por exemplo na Áustria⁵⁴, na França⁵⁵, na Espanha⁵⁶, na Itália⁵⁷, na Grécia⁵⁸, Bulgária, Dinamarca, assim como em países como Egito, Argentina, México, Equador e - *last but not least* – no Brasil⁵⁹. Será que eles seguiriam o princípio “onde desde sempre prevaleceu uma concepção jurídica simples e prática?” (“*wo seit jeher eine einfache und praktische Rechtsauffassung vorgeherrscht hat*”)⁶⁰

⁵⁴ O § 933 do ABGB, de forma análoga à decisão alemã, recomenda a notificação do defeito como “prazo razoável”, seg. Willibald Posch no comentário editado por Michael Schwimann Praxiskommentar zum ABGB, Wien: Orac, 2. Auflage 1997, art. 39, Rn. 12, p. 1080. Indicações anteriores: ver nota 42.

⁵⁵ Vicent Heuzé, La vente internationale de marchandises – Droit uniforme, Paris: GLN Joly 1992, n° 307, p. 235, omitindo o Direito alemão, notadamente o § 3 da *Vertragsgesetz*, prega o prazo de dez anos do art. 189 do *Code de commerce* (“la seule solution raisonnable”); também assim, infelizmente, o faz Claude Witz (nota 13), o qual aplaude a juíza do Tribunal de Primeira Instância de Genebra (“solution convnquante”) e remete à sua observação sobre a sentença no caso Cass. Com. de 17.12.1996, D.1997.J.337; lá ele tenta solucionar suas próprias dúvidas (“long”, “excessif”) no sentido de que elas não desempenham nenhum papel.

⁵⁶ Na Espanha, onde em termos de prazo se esta diante de uma “caja de sorpresas” permanece impreciso se a defesa em razão de falta de conformidade, possível por quatro anos e funcionalmente separada da posição de garantia, teria prevalência frente aos reduzidos prazos de garentia, conf. Lars Grube, *Deutsch-spanischer Handelskauf*, Diss. Regensburg 1995, p. 63-65. Tal problema não foi discutido na primeira monografia de Manuel Medina de Lemus, *La venta internacional de mercaderías*, Madrid: Tecnos 1992, p. 180-185 e no comentário de Luis Díez-Picazo y Ponce de León (ed.), *La compraventa internacional de mercaderías*, Madrid: Civitas 1998, art. 39 XII, p. 342 (Morales Moreno).

⁵⁷ Ver aqui Herbert Asam, *Die Verjährung kaufvertraglicher Ansprüche im italienischen Recht*, RfW 38 (1992) 798-802, que se conforma aparentemente com a redução do prazo provocado pelo art. 1495, parágrafo 3 do *Codice Civile* no art. 39, parágrafo 2° da Convenção de Viena.

⁵⁸ Estranhamente parece que os gregos, em que pese seu tradicional contato com o direito francês e alemão, não identificaram o problema quando, no seu relatório de 5.3.1997, se preparavam para aderir à Convenção de Viena, por meio da Lei n° 2532, publicada no Diário Oficial de 11.11.1997, ratificada por meio do depósito do documento respectivo em 12.1.1998. Athanassios Pouliadis em Thessaloniki (o qual, aliás, fez Doutorado em Munique e com o qual permaneço vinculado desde meus tempos de Assistente junto ao Prof. Lorenz no Instituto de Direito Comparado), atentando que o art. 554 do Código Civil Grego corresponde ao § 477 do BGB alemão, considera que a solução alemã não deve ser recomendada como possível *de lege ferenda*, mas sim *de lege lata* (interpretação teleológica), porém prevaleceria também a idéia aqui defendida de um “prazo adequado” atrelado ao art. 39, parágrafo 2° da Convenção de Viena. Assim em Kritiki Epitheorisi Nomikis Theorias Kai Praxis 1998/2, 123 (135-136).

⁵⁹ Ver listagem de regras sobre prescrição em Piltz (nota 52), § 5°, Rn. 89, p. 202, que simplesmente deixou de mencionar o reduzido prazo contemplado no Código Civil brasileiro (art. 445, CC/2002; art. 178, § 2°, CC/1916).

⁶⁰ BG. 3.4.1941, BGE 67 II 70 (74), recentemente citado em BG 19.1.2001 – Az. 4C.172/1999 e em NZZ (Internationale Ausgabe) n° 49, de 28.2.2001, p. 48 em BGE-Publikation.

