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

VOLUME 10 JULHO 1994

livraria //
DO ADVOGADO
// *editora*

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO GRANDE DO SUL

Professor Helgio Trindade - Reitor
Professor Sérgio Nicolaiewsky - Vice-Reitor

Faculdade de Direito
Professor Peter Walter Ashton - Diretor
Professor Ivo Sefton de Azevedo - Vice-Diretor

Revista da Faculdade de Direito da Univ. Fed. RS
Professor Franz August Gernot Lippert - Diretor
Jorge Cesa Ferreira da Silva - Secretário executivo

Direitos reservados pela
Livraria do Advogado Ltda.
Rua Riachuelo 1338
Fones e fax (051) 2244312, 2253250 e 2265164
90010-273 Porto Alegre RS

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul. — Vol. 9, n. 1 (out. 1993) - — Porto
Alegre : Livraria do Advogado, 1993- — Semestral. —
Continuação de : Revista da Faculdade de Direito de Porto
Alegre, publicada de 1949-1974

1. Direito : Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Gran-
de do Sul.

CDU 34(05)

Bibliotecária responsável: Marta Roberto, CRB-10/652

Pede-se permuta
Pidese canje
On demande échange
Wir bitten um Autausch
Si richiede lo scambio

Impresso no Brasil / Printed in Brazil

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

RUY CIRNE LIMA

Apresentação

A Direção da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul tem a satisfação de oferecer ao público leitor o segundo número desta publicação.

Neste número, além de trabalhos de professores, colaboradores e mestrands da casa, contamos também com importantes artigos estrangeiros.

Além disso, no intuito de desenvolver um aliamento entre trabalhos teóricos e práticos - entendendo-se que o Direito é, acima de tudo, a conjugação destes dois fatores - abre-se, a partir deste número, um espaço especialmente dedicado a pareceres.

Com isso a Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul demonstra sua vivacidade, seu vigor e sua inafastável dedicação ao desenvolvimento aberto da Ciência Jurídica.

Porto Alegre, julho de 1994.

Franz August Gernot Lippert

A Direção da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul agradece especialmente às acadêmicas Edite Laydner Gaudie-Ley e Elisa de Araújo Alvares e à advogada Márcia Mallmann Lippert por suas colaborações.

Sumário

A Convenção de Viena (1980) e a resolução do contrato por incumprimento
Ruy Rosado de Aguiar Júnior 7

O declínio da intervenção estatal na economia
Peter Walter Ashton 22

A teoria dos modelos em Miguel Reale e Karl Renner
Rozangela Motiska Bertolo 28

As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial
• *Judith Martins-Costa* 39

O contrato administrativo
Vandeli Robsig Dannebrock 56

Acordos de acionistas no Direito Brasileiro
Guiomar T. Estrella Faria 68

A norma jurídica como modelo
Antoine Jeammaud 79

El establecimiento de una política común de protección al medio ambiente - su necesidad dentro de un mercado común
Martha Lucia Olivar Jimenez 100

Os limites da integração no Direito Tributário
Norma Barcellos Pinheiro Machado 120

Teoria do objeto do processo
Alexandre Mariotti 129

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o MERCOSUL
• *Claudia Lima Marques* 140

As contribuições especiais na Constituição de 1988

Rômulo Maya 157

Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica

Carlos Silveira Noronha 161

Efetividade e processo cautelar

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira 175

A função do defensor dos interesses do Estado no processo administrativo-tributário

Gentil André Olsson 180

A aposentadoria especial dos professores

Valdacyr S. Scmazzon 190

Procedimentos ordinário e sumaríssimo

Ovídio A. Baptista da Silva 205

Os elementos da ação

José Maria Rosa Tesheiner 213

A conferência mundial de

Direitos Humanos:

Lições de Viena

Antônio Augusto Cançado Trindade 232

O Código Civil Alemão - Adolescente ou ancião?

Michael R. Will 238

A interpretação econômica da lei tributária e o fato gerador do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira

Carlos Klein Zanini 248

Restrições à concessão de liminares

Teori Albino Zavascki 256

PARECER

Servidão predial não-aparente, transcrição no Registro de Imóveis

Henrique Fagundes Filho 265

A Convenção de Viena (1980) e a resolução do contrato por incumprimento

Trabalho apresentado no Congresso "Contratos Internacionais e MERCOSUL", setembro 1992, na Faculdade de Direito/UFRGS

Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Prof. Direito Civil e Mestre em Direito - Faculdade de Direito da UFRGS

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

Introdução; 1ª Parte - Características e pressupostos da resolução; 1. Âmbito de incidência; 2. Resolução extrajudicializada; 3. Resolução *ipso facto*; 4. Subsidiariedade, *jus variandi*, cumulatividade; 5. Culpa do devedor; 2ª Parte - Procedimentos e efeitos da resolução; 1. Opções do credor; 2. Declaração de resolução; 3. Perdas e danos; 4. Efeitos; 5. Perda do direito de resolver; Conclusão; Anexo I - Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias; Anexo II - Legislação brasileira citada.

Introdução

A Convenção de Viena (1980) é um passo à frente das duas Convenções firmadas na Conferência de Haia (1964), lei uniforme sobre a venda internacional de bens (ULIS-LUVI) e lei uniforme sobre a formação dos contratos de venda internacional de bens (ULFC-LUFC), estando destinada a exercer grande influência nas relações comerciais internacionais, pois conta com a subscrição ou a adesão dos principais países do mundo desenvolvido. Está em vigor desde 1988, sendo adotada, na América do Sul, pela Argentina, Chile e Venezuela.

O Brasil não assinou nem aderiu à Convenção, mas seu estudo tem duplo interesse para nós.

A Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias celebrados entre partes que tenham o seu estabelecimento em Estados contratantes da Convenção (art. 1, 1, *a*), e essa hipótese não nos atinge, mas também regula aqueles contratos aos quais se aplicar, pelas regras do direito internacional, a lei de um Estado contratante (art. 1, 1, *b*). Ora, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro reza: "Art. 9º - Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem... § 2º. A obrigação resultante

do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente". Por aí se vê que o contrato de compra e venda celebrado entre parte estabelecida no Brasil e outra na Argentina ou no Chile, por exemplo, provindo desta a proposta de negócio, ou nestes países se constituindo a obrigação, a nossa regra de direito internacional privado faz incidir sobre tal contrato a lei deste outro país contratante da Convenção, a qual será por isso aplicável, na forma do seu art. 1, 1, *b*¹.

Mas também é da nossa conveniência o estudo da Convenção porque ela, reproduzindo estruturalmente o regime jurídico vigente no Brasil, introduz princípios e critérios modernos - como o da boa-fé objetiva - para a regulação e a interpretação dos contratos de compra e venda, que bem nos podem servir de parâmetro e orientação doutrinária ou legislativa.

1ª Parte

Características e pressupostos da resolução

1. Âmbito

A resolução é modo de extinção das relações obrigatórias pelo fato superveniente do incumprimento do devedor, que a maio-

ria das legislações nacionais reserva aos contratos bilaterais (Brasil), ou, quando mais, também para os unilaterais onerosos, como o mútuo (Argentina). Regulando a Convenção de Viena os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, que são bilaterais, todos os contratos dentro do seu âmbito de incidência admitem a resolução, seja por iniciativa do comprador, seja pela do vendedor.

Contendo previsão normativa genérica, aplicável a todos os contratos, a Convenção dispensa o requisito de cláusula contratual específica inserida pelas partes na celebração do contrato, dispondo sobre a resolução. Os seus enunciados funcionam, assim, como os preceitos legislativos nacionais que estatuem sobre a resolução legal. Isto é, pela Convenção, a resolução prescinde de manifestação expressa da vontade das partes, no momento da celebração da avença ou de cláusula adjeta. Da mesma forma no Brasil, cujo art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, se aplica independentemente de previsão. Há uma diferença, porém. Enquanto a Convenção constitui conjunto de regras de caráter dispositivo, derogável livremente pelas partes (art. 6º), no ordenamento jurídico brasileiro entende-se, com predominância, ser vedado aos contratantes a pré-exclusão do direito de resolver², assim como a pré-definição da gravidade do incumprimento de alguma das partes, quando causar ofensa ao princípio da equivalência.

2. Resolução Extrajudicial

Pela Convenção, a resolução se dá extrajudicialmente, mediante declaração do credor ao devedor (arts. 26, 49 e 64). Com isso se afeiçoa ao regime do BGB (§ 326), ao do Código Civil Italiano (art. 1.454), ao do Código Civil da Argentina (art. 1.204, II, com a nova redação) e ao do direito anglo-americano³, nos quais a extinção do contrato se dá pela manifestação de vontade da parte.

Nesse intento de afastar os contratantes dos tribunais, a Convenção ainda vai mais longe: proíbe a interferência do juiz ou do árbitro na concessão de prazo suplementar ao vendedor inadimplente, depois de exer-

cido pelo comprador o seu direito resolutivo (art. 43, 3). Essa mesma preocupação de manter o litígio longe dos tribunais se manifesta também no capítulo sobre as perdas e danos (arts. 74 e seguintes), onde são estabelecidos critérios objetivos e pormenorizados para o cálculo da indenização (art. 76) e autorizados comprador e vendedor a efetuarem compras substitutivas ou vendas compensatórias (art. 75).

Este regramento agiliza a resolução e acelera a superação do impasse decorrente do incumprimento, com economia de tempo e dinheiro, além de evitar a dependência a regimes judiciais díspares. Tem o inconveniente, porém, de submeter o devedor à avaliação decisória do credor, na qual interferirá necessariamente elevado componente de subjetivismo, por maior que seja a minúcia normativa. Entre os dois valores em jogo, a Convenção inclinou-se decididamente pela fluidez nos negócios internacionais, ainda que eventualmente ocorra perda de justiça em casos concretos.

No Brasil, a resolução legal, prevista nos arts. 1.092, parágrafo único, do Código Civil, 202 e 204 do Código Comercial, depende de procedimento judicializado. É lícito às partes, porém, estabelecer cláusula resolutiva por incumprimento (resolução convencional) e nela dispor sobre o procedimento extrajudicial⁴. Artigos esparsos do Código Civil (art. 1.163 do Código Civil) e do Código Comercial (art. 212) admitem, para situações específicas, a resolução independentemente de juízo.

3. Resolução ipso facto

Ao limitar a resolução à declaração da parte, a Convenção não só excluiu a intervenção judicial como requisito para a extinção do contrato, como também eliminou possibilidade anteriormente admitida pela ULIS (Conferência de Haia de 1964), que contemplava a hipótese de resolução *ipso facto*⁵. O sistema atual é melhor, pois deflui do bom senso que o credor notifique o devedor de seu propósito contrário à continuidade do negócio, definindo a situação;

além disto, mantém com o credor a decisão sobre a resolução, que não deve resultar apenas e automaticamente do incumprimento - como se ao devedor fosse dado, descumprindo, extinguir a resolução - mas sim da vontade expressa do credor.

No Brasil, não há resolução legal automática. Somente o pacto comissório (art. 1.163 do Código Civil), quando expressamente contratado (e de forma tão clara que não possa ser confundido com simples cláusula de estilo, a reforçar a regra do art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil), permite a extinção sem a comunicação à outra parte, conseqüente apenas do silêncio do vendedor no prazo de dez dias após o vencimento.

4. Subsidiariedade, jus variandi, cumulatividade

A Convenção, assim como a lei brasileira, não tem a resolução como opção subsidiária do credor, como se pudesse ser utilizada somente à falta de alternativa que garantisse o cumprimento do contrato. O art. 45, I, *a*, autoriza o comprador a exercer alternativamente os direitos previstos nos arts. 46 a 52 (execução, indenização ou resolução), o mesmo concedendo ao vendedor (art. 61).

Não há regra sobre o *jus variandi*, que a princípio deve ser admitido como inerente ao sistema, podendo o credor variar de pedido, enquanto isso não for incompatível com as circunstâncias e ofensivo ao princípio da boa-fé (art. 7º, 1). Proibida expressamente está apenas a ação do credor enquanto fluir o prazo suplementar por ele concedido para a execução (art. 47, 2, art. 62, 2). Há de se considerar ainda incompatível a variação que consistir na exigência da execução depois de notificada a contraparte da declaração resolutória. O mesmo não se diga da possível alteração da mudança do pedido de execução - feito na tentativa de manutenção do contrato e conservação do negócio - para o de resolução, quando evidenciada a impossibilidade ou a dificuldade daquela.

No nosso sistema, a variação é permitida: (a) proposta a ação de cumprimento e depois verificada a impossibilidade do adimplemento, o autor pode pedir a resolução, ainda no curso da ação, uma vez que o artigo 462 do Código de Processo Civil contém a seguinte regra: "Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença". Obtida sentença condenatória na ação de cumprimento e inviabilizada sua execução, é permitido ao credor pleitear a resolução; (b) o exercício do direito de resolução convencional, pela via extrajudicial, extingue o negócio, não cabendo mais a execução; (c) proposta a ação de resolução, é lícito ao credor pleitear a execução do contrato (desde que não tenha havido sentença resolutiva com trânsito em julgado) devendo para isso desistir da ação de resolução e propor a de adimplemento (art. 294 do Código de Processo Civil: "Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo"), salvo se já cumulara os dois pedidos sucessivos, requerendo desde logo a resolução ou, não sendo caso, a execução.

A permissão para a cumulação da pretensão indenizatória com a resolutória consta dos arts. 45, 2, e 61, 2. Assim também no direito brasileiro, como está no art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil.

5. Culpa do Devedor

Quando o fato do descumprimento não for imputável ao devedor, mesmo aí cabe a resolução, apenas que sem indenização (art. 79, 5). No Brasil, a mora do devedor tem como seu elemento a culpa (art. 963 do Código Civil) e quando ela servir de causa à resolução ensejará a condenação do inadimplente ao pagamento de perdas e danos derivados da sua falta. Mas o incumprimento inimputável também oportuniza a resolução, apenas que sem a indenização (art. 866 do Código Civil).

6. Incumprimento do devedor

A resolução do contrato de compra e venda de mercadorias pode ser declarada pelo credor (comprador: art. 49; vendedor: art. 64) desde que haja incumprimento definitivo do devedor, imputável (com direito a perdas e danos) ou imputável (sem indenização), nos dois casos seguintes: (a) se o incumprimento de qualquer obrigação constituir violação fundamental do contrato (*fundamental breach*); (b) se, no prazo suplementar concedido pelo credor, o devedor persistir no incumprimento de sua obrigação principal (para o vendedor: entregar a mercadoria; para o comprador: pagar o preço e aceitar a mercadoria; artigos 49, b, e 64, b).

Dessas disposições decorrem algumas consequências bastante relevantes.

A Convenção não distingue entre cláusula fundamental ou acessória, entre *condition* ou *warranty*, entre dever ou obrigação principal e dever ou obrigação acessória ou secundária, decorrentes do contrato, da Convenção ou do princípio da boa-fé. Dispensa tratamento unitário a todas as cláusulas e obrigações⁶. Para o fim resolutório, interessará estabelecer se o incumprimento caracteriza uma violação fundamental, assim definida no art. 25: "Uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte faltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não tivesse igualmente previsto".

Equipara à violação fundamental (e mesmo se pode dizer que o pré-define como tal) o incumprimento das obrigações principais do vendedor e do comprador, enumeradas nas alíneas b dos arts. 49 e 64.⁷

O disposto nas alíneas b dos arts. 49 e 64 conduz seguramente à idéia de que a inexecução da obrigação principal não é causa suficiente, só por si, para extinção do contrato: da inexecução da obrigação de entregar, de aceitar ou de pagar a mercado-

ria, não resulta necessariamente uma violação fundamental; o contrato permanece, se a falta não ocasionar "um prejuízo tal que a parte fique privada substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar", ou, como diz Larenz, quando a prestação tardia já for economicamente diversa daquela esperada⁸. Assim, por exemplo, nos contratos com data fixa, depois da qual desaparece o interesse do credor, a mora já é quebra substancial; nos outros, nos quais a data serve apenas para fixar a época da exigibilidade da obrigação ou auxilia na orientação programática das partes, o simples incumprimento é insuficiente para resolver. As circunstâncias do contrato, a natureza da prestação e o interesse da parte revelarão, a cada caso, a substancialidade do incumprimento.

Nas suas linhas gerais, assim também ocorre no Brasil. Os arts. 955, 956, parágrafo único, e 1.056 do Código Civil, que definem a mora, o incumprimento que torna inútil a prestação e o efeito da inexecução, constroem um regime jurídico onde a resolução surge como a consequência do inadimplemento qualificado pela inutilidade da prestação, só decretável quando desaparecido o interesse do credor em recebê-la.

Também nós não distinguimos entre as diversas espécies de obrigações ou deveres, pois há o inadimplemento sempre que o devedor deixar de cumprir a obrigação "pelo modo e no tempo devidos" (art. 1.056 do Código Civil). E toda a desatenção ao que for devido, pela lei, pelo contrato ou pelo princípio da boa-fé, significa incumprimento ou cumprimento imperfeito, que consistirá em violação fundamental ao contrato quando tornar inútil a prestação para o credor⁹.

2ª Parte

Procedimentos e efeitos da resolução

1 - Opções do Credor

O incumprimento do vendedor pode ser por demora na entrega ou por cumprimento imperfeito, com vício na quantidade ou qualidade da mercadoria. Havendo demora,

o comprador tem à sua escolha: (a) esperar pelo recebimento da mercadoria tardiamente enviada e pedir a indenização pelo dano¹⁰; (b) conceder prazo ao vendedor para a entrega das mercadorias e resolver após isso, se permanecer a inércia do vendedor; (c) resolver imediatamente, se a violação for fundamental. Havendo cumprimento imperfeito, o comprador pode: (a) aceitar a mercadoria defeituosa em quantidade ou qualidade e pedir indenização; (b) exigir a entrega de mercadorias em substituição, se a falta constituir violação fundamental (art. 46, 2); (c) exigir a reparação da falta de qualidade (art. 43, 3)¹¹; (d) resolver a obrigação¹².

No incumprimento do comprador, o vendedor pode: (a) promover a execução forçada da obrigação¹³ se a legislação do país a admitir (art. 28), como é o caso do Brasil; (b) conceder prazo suplementar para o pagamento (art. 63); (c) fazer a especificação que cabia ao comprador omisso (art. 65, 1); (d) vender as mercadorias a cuja conservação esteja obrigado (art. 38); (e) resolver a obrigação, se houve violação fundamental.

No Brasil, o incumprimento do vendedor que deixa de entregar a coisa vendida autoriza o comprador a "demandar o seu cumprimento com os danos da mora, salvo os casos fortuitos ou de força maior" (art. 202 do Código Comercial). Se a coisa estiver deteriorada, "não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu" (art. 866 do Código Civil); "sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou outro caso, indenização das perdas e danos" (art. 867 do Código Civil). Isto é, o credor (comprador) tem ação para executar o contrato e obter a mercadoria prometida, ou para recebê-la com abatimento do preço correspondente à deterioração, ou para exigir o seu equivalente, ou aceitá-la no estado em que se encontra, com direito a perdas e danos se houver culpa.

O vendedor que não recebe o pagamento do preço pode promover a ação de adimplemento através de processo de execução - se dispuser de título executivo (arts. 583, 584 e 585 do Código de Processo Civil) - ou de processo de conhecimento (ação de cobrança); se o comprador não lhe recebe a mercadoria, o vendedor pode demandar o comprador pelo preço com os juros legais de mora, requerendo o depósito judicial das mercadorias vendidas por conta e risco de quem pertencer (art. 204 do Código Comercial).

Em qualquer das situações acima, o credor não-inadimplente pode resolver o negócio, uma vez caracterizado o incumprimento qualificado, cumulando o pedido com perdas e danos se houver culpa do devedor.

2. Declaração de resolução

Escolhendo de imediato a via resolutiva, presente a violação fundamental, a parte deve efetuar a sua declaração à outra, "através de um meio adequado às circunstâncias" (art. 27), ocorrendo a dissolução com o despacho: *The contract is avoided at the moment of dispatch*.¹⁴ Efetuada a notificação nos termos da Convenção e adequadamente, o risco de não chegar ao destino é do destinatário (art. 27)¹⁵.

No Brasil, ao contrário, a manifestação de vontade do credor que pretende exercer seu direito de resolução convencional, dependente de notificação, só é eficaz depois de recebida pela contraparte.

3. Perdas e danos

Escolhendo a resolução, o credor não perde o direito às perdas e danos (art. 45, 2), só inexistente quando o incumprimento decorre de fato alheio à vontade do devedor (art. 79, 1 e 5).

A indenização corresponde à satisfação do interesse positivo. "A redação deixa claro que o propósito do art. 74 é, tanto quanto possível, colocar a parte lesada na mesma situação econômica que ela teria se o contrato tivesse sido cumprido"¹⁶. Compreende o dano emergente e o lucro cessante.

No Brasil, ao contrário da maioria dos demais países, onde se admite a consideração apenas do interesse negativo, já se entendia que a indenização cabível no caso de resolução por incumprimento deveria satisfazer o interesse positivo do credor¹⁷. Não temos, é verdade, as regras objetivas e minuciosas dos arts. 74, 75 e 76 da Convenção, definindo critérios para avaliação do dano, nem a enunciação do princípio da *mitigation*, assim como está o art. 77, mas tanto tem sido recomendado em sede doutrinária.

4. Efeitos

Resolvida a relação, dois são seus efeitos: liberatório e recuperatório. As partes ficam ambas liberadas de suas obrigações, com o dever de restituírem de imediato ou simultaneamente tudo o que lhe fora fornecido ou pago (art. 81, 1 e 2).

Sempre se admitiu que a resolução tem efeito retroativo, recolocadas as partes no *statu quo ante*, sendo isso consequência natural da sentença que decretar a resolução, portadora desse efeito executivo. Pela Convenção de Viena, adotado o procedimento extrajudicial, cabe à parte credora exigir diretamente da outra a restituição do que já lhe entregara (no tempo avençado ou antecipadamente), oferecendo de sua vez a devolução do que recebera. Junto com a prestação, devem ser entregues todos os proveitos auferidos pela posse do bem, cabendo ao vendedor restituir o preço com juros e, ao comprador, os benefícios retirados da mercadoria (art. 84, 2, *a* e *b*). Assim também no Brasil.

A impossibilidade da restituição é causa de perda do direito formativo de resolução, pois o comprador não pode declarar a resolução se impossibilitado de restituir as mercadorias em estado assemelhado àquele em que as recebera (art. 82). Esta regra no Brasil somente se aplica à resolução convencional, quando o contratante expressamente incluiu tal cláusula no contrato e deveria estar preparado para invocá-la, preservando-se de dispor do bem recebido por força do contrato; na resolução legal, onde se cuida ape-

nas de um direito superveniente que surge ao credor por força da incidência da lei, em consequência de fato posterior à celebração do contrato e eventualmente fora de sua previsão, não se impõe ao credor que pede a resolução o dever de restituir a prestação, em espécie, admitindo-se que o faça pelo equivalente. Fica sempre ressalvada, porém, a incidência do princípio da boa-fé, pois não seria adequado permitir-se a resolução ao credor que dispôs da prestação parcial já recebida, depois de saber do incumprimento definitivo do devedor. Se optou pela execução, somente lhe é lícito promover a ação de adimplemento.

A Convenção impõe ao credor a condição de poder restituir, sob pena de perda do direito de resolver, mas não deixa de temperar o princípio, admitindo exceções (se a impossibilidade deriva de fato inimputável (art. 83, 2, *a*), do exame da verificação da conformidade da mercadoria (art. 83, 2, *b*) ou da boa-fé (art. 83, 2, *c*).

A regra geral da resolução com efeito retroativo e recuperatório sofre exceção quando se tratar de contratos com prestações sucessivas. Se a inexecução é apenas de determinada prestação, a resolução pode ser declarada apenas relativamente a esta prestação, permanecendo íntegras as prestações anteriores (art. 73, 1). Para esta, e só para ela, caberá a restituição do que já foi cumprido. Se o incumprimento de uma prestação originar séria dúvida sobre o cumprimento das futuras prestações, o credor pode resolver o contrato para o futuro (art. 73, 2), restituídas as prestações já efetuadas. O caso é, mais propriamente, de rescisão do contrato duradouro, de execução periódica, forma de extinção por incumprimento que produz efeito *ex nunc*. O efeito retroativo somente ocorrerá se houver interdependência entre as prestações (art. 73, 3). No Brasil, a legislação específica sobre contratos duradouros (locação urbana, arrendamento rural), também preserva as prestações já executadas.

5. Perda do direito de resolver

A perda do direito de resolver existe para o comprador: (1) se impossibilitado de res-

tituir as mercadorias em estado sensivelmente idêntico àquele em que as recebeu (art. 82, 1); (2) se não o exercer em prazo razoável contado: (a) no caso de demora do vendedor, a partir de quando soube da entrega tardia; (b) por outra violação, a partir de quando dela tiver conhecimento ou após o decurso do prazo suplementar ou da declaração do vendedor de que não o aproveitará para executar suas obrigações, nos casos dos arts. 47, 1, e 48, 2. Em se tratando de mercadoria defeituosa, o prazo razoável é de dois anos, contado da efetiva remessa (art. 32, 2), salvo se incompatível com garantia contratual.

A perda do direito de resolver, por impossibilidade de restituição, não significa para o comprador a perda dos demais direitos concedidos pela Convenção (art. 83).

O *vendedor* perde o direito de resolver: (1) em caso de execução tardia, se não o exerceu antes de ter sabido que a execução teve lugar; (2) em caso de outra espécie de violação, se não o exercer em prazo razoável contado a partir de quando teve ou deveria ter conhecimento da violação, ou a partir do decurso do prazo por ele concedido ao comprador, na forma do art. 63, 1, ou depois de o comprador ter declarado que não o aproveitaria para executar suas obrigações (art. 64, 2).

No direito brasileiro, não há determinação de prazo a partir do qual o credor perde o direito de resolver o contrato. Considerando que o direito subjetivo de resolução é da espécie dos direitos formativos, e portanto destituído de pretensão, o efeito do tempo sobre ele não pode ser a prescrição (que encobre a pretensão de direito material), mas apenas a extinção do próprio direito formativo (ou potestativo), isto é, a decadência ou preclusão do direito. Para isso, seria indispensável que a legislação nacional contivesse alguma disposição expressa fixando prazo decadencial ou preclusivo, o que não ocorre. Apesar de inexistir prazo na lei, admite-se que o direito formativo se extingue quando ocorre a prescrição do direito de crédito a que está ligado, porquanto a extinção do direito de crédito elimina

o interesse em resolver a relação de onde ele se originou. Nesse caso, o tempo máximo para o exercício do direito de resolução é o que corresponde ao prazo prescricional para as obrigações pessoais, em vinte anos (art. 177 do Código Civil)¹⁸.

De qualquer forma, no vazio legislativo sobre a fixação de tempo máximo para a declaração da vontade de resolver, entende-se que o credor não pode agir depois que criou na contraparte a idéia de não-exercício desse direito, aplicando-se para isso o instituto da *supressio*, derivado do princípio da boa-fé: o credor perde o direito de resolver se não o exerceu em prazo razoável, permitindo ao devedor a convicção de que optara pela conservação do contrato.

Sobre esse tema convém observar que a Convenção de Viena não fixa prazo, apenas limita em dois anos o tempo máximo para o comprador denunciar a violação do contrato pelo vendedor (art. 39, 2). Uma vez dada essa notícia, o prazo para a declaração de resolução do contrato não é fixado, estabelecendo o art. 49, 2 (para o comprador) e art. 64, 2, *b* (para o vendedor) um "prazo razoável".

O documento internacional que fixa prazo prescricional é a Convenção de New York, de 1974, que estipula o prazo prescricional de quatro anos a contar da data da remessa efetiva das mercadorias¹⁹.

Conclusão

O regime jurídico instituído pela Convenção de Viena para a resolução do contrato por incumprimento do devedor se caracteriza: - pelo unitarismo com que trata as diversas espécies de obrigações e deveres; - pela exigência de violação fundamental do contrato como pressuposto da resolução; pela fixação de prazo suplementar ao devedor; - pelo procedimento extrajudicializado; pela possibilidade de resolução com ou sem fato imputável ao devedor; - pela garantia de cumulação da resolução com a indenização pelos danos; - pela consideração do interesse positivo do credor, como se o contrato tivesse sido efetivamente cumprido; -

pela adoção do princípio geral da boa-fé objetiva, que há de se entender servir não apenas para a interpretação do contrato mas também determinante do comportamento das partes²⁰.

No Brasil, estas mesmas são as características gerais do instituto, que é, no entanto, predominantemente judicializado; não prevê prazos suplementares ao devedor; não tem regras delimitadoras de prazo para o exercício da ação e não fornece parâmetros para o cálculo da indenização por perdas e danos.

Anexo I

Convenção das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias (Viena - 1980)

Artigos citados

Artigo 1 - 1. A presente Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias celebrados entre partes que tenham o seu estabelecimento em Estados diferentes: (a) quando estes Estados sejam Estados contratantes; ou (b) quando as regras de direito internacional privado conduzam à aplicação da lei de um Estado contratante. 2. Não é tomado em conta o fato de as partes terem o seu estabelecimento em Estados diferentes quando este fato não ressaltar nem do contrato, nem de transações anteriores entre as partes, nem de informações dadas por elas em qualquer momento anterior à conclusão do contrato, ou na altura da conclusão deste. 3. Não são tomados em consideração para a aplicação da presente Convenção nem a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato.

Artigo 2 - A presente Convenção não regula as vendas: (a) mercadorias compradas para uso pessoal, familiar ou doméstico, a menos que o vendedor, em qualquer momento anterior à conclusão do contrato ou na altura da conclusão deste, não soubesse

nem devesse saber que as mercadorias eram compradas para tal uso; (b) em leilão; (c) em processo executivo; (d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; (e) de navios, barcos, *hovercraft* e aeronaves; (f) de eletricidade.

Artigo 6 - As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derrogar qualquer das suas disposições ou modificá-lhe os efeitos.

Artigo 7 - 1. Na interpretação da presente Convenção, ter-se-á em conta o seu caráter internacional, bem como a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e de assegurar o respeito da boa-fé no comércio internacional. 2. As questões respeitantes às matérias reguladas pela presente Convenção e que não são expressamente resolvidas por ela serão decididas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, na falta destes princípios, de acordo com a lei aplicável em virtude das regras de direito internacional privado.

Artigo 25 - Uma violação do contrato cometida por uma das partes é fundamental quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se a parte fáltosa não previu esse resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e colocada na mesma situação, não o tivesse igualmente previsto.

Artigo 26 - Uma declaração de resolução do contrato apenas se torna eficaz quando notificada à outra parte.

Artigo 27 - Salvo disposição expressa em contrário da presente Parte da Convenção, se uma notificação, um pedido ou outra comunicação forem feitos por uma das partes do contrato, em conformidade com a presente Parte e por um meio adequado às circunstâncias, um atraso ou erro na transmissão da comunicação ou o fato de ela não ter chegado ao seu destino não priva aquela parte do direito de se prevalecer de tal comunicação.

Artigo 28 - Se, em conformidade com as disposições da presente Convenção, uma parte tiver o direito de exigir da outra a

execução de uma obrigação, um tribunal não está vinculado a ordenar a execução específica, a não ser que a decretasse por aplicação do seu próprio direito relativamente a contratos de compra e venda semelhantes, não regulados pela presente Convenção.

Artigo 37 - Em caso de entrega antecipada, o vendedor tem direito, até a data prevista para a entrega, quer a entregar uma parte ou uma quantidade em falta ou mercadorias não-conformes ao contrato, quer a reparar qualquer falta de conformidade das mercadorias, novas em substituição das mercadorias, desde que o exercício deste direito não cause ao comprador inconvenientes ou despesas irrazoáveis. Contudo, o comprador conserva o direito de pedir uma indenização por perdas e danos, em conformidade com a presente Convenção.

Artigo 38 - 1. O comprador deve examinar as mercadorias ou fazê-las examinar num prazo tão breve possível, tendo em conta as circunstâncias. 2. Se o contrato implicar um transporte das mercadorias, o exame pode ser diferido até a chegada destas ao seu destino. 3. Se as mercadorias forem reenviadas em trânsito ou reexpedidas pelo comprador sem que este tenha tido razoavelmente a possibilidade de as examinar e se, no momento da conclusão do contrato, o vendedor conhecia ou deveria conhecer a possibilidade desse reenvio em trânsito ou dessa reexpedição. O exame pode ser diferido até a chegada das mercadorias ao seu novo destino.

Artigo 39 - 1. O comprador perde o direito de se prevalecer de uma falta de conformidade das mercadorias se não a denunciar ao vendedor, precisando a natureza desta falta, num prazo razoável a partir do momento em que a constatou ou deveria ter constatado. 2. Em qualquer caso, o comprador perde o direito de se prevalecer de uma falta de conformidade se não a denunciar ao vendedor até dois anos a partir da data em que as mercadorias lhe foram efetivamente remetidas, a não ser que este prazo seja incompatível com a duração de uma garantia contratual.

Artigo 43 - 1. O comprador perde o direito de se prevalecer das disposições dos

artigos 41 e 42 se não denunciar ao vendedor o direito a pretensão do terceiro, precisando a natureza deste direito ou desta pretensão, num prazo razoável a partir do momento em que teve ou deveria ter tido conhecimento deles. 2. O vendedor não pode prevalecer-se das disposições do parágrafo anterior se conhecia o direito ou a pretensão do terceiro e a sua natureza.

Artigo 45 - 1. Se o vendedor não executar qualquer das obrigações que para ele resultam do contrato de compra e venda ou da presente Convenção, o comprador está autorizado a: (a) exercer os direitos previstos nos artigos 46 a 52; (b) pedir a indenização por perdas e danos prevista nos artigos 74 a 77. 2. O comprador não fica privado do direito de pedir indenização por perdas e danos se exercer o seu direito de recorrer a um outro meio. 3. Nenhum prazo suplementar pode ser concedido ao vendedor por um juiz ou por um árbitro quando o comprador se prevalecer de um dos meios de que dispõe em caso de violação do contrato.

Artigo 46 - 1. O comprador pode exigir do vendedor a execução das suas obrigações, a não ser que se tenha prevalecido de um meio incompatível com esta exigência. 2. Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador apenas pode exigir do vendedor a entrega de mercadorias de substituição se a falta de conformidade constituir uma violação fundamental do contrato e se a substituição de mercadorias foi exigida no momento da denúncia da falta de conformidade, feita nos termos do artigo 39, ou num prazo razoável a contar desta denúncia. 3. Se as mercadorias não são conformes ao contrato, o comprador pode exigir do vendedor que repare a falta de conformidade, salvo se isso for irrazoável, tendo em conta todas as circunstâncias. A reparação deve ser exigida no momento de denúncia da falta de conformidade, feita nos termos do artigo 39, ou num prazo razoável a contar desta denúncia.

Artigo 47 - 1. O comprador pode conceder ao vendedor um prazo suplementar, de duração razoável, para a execução das suas obrigações. 2. Salvo se o comprador tiver

recebido do vendedor uma notificação informando-o de que este não executaria as suas obrigações no prazo assim concedido, ele não pode, no decurso deste prazo, prevalecer-se de qualquer dos meios de que dispõe em caso de violação do contrato. Contudo, o comprador não perde, por este fato, qualquer direito que tenha de pedir uma indenização por perdas e danos pelo atraso na execução.

Artigo 48 - 1. Sem prejuízo do disposto no artigo 49, o vendedor pode, mesmo após a data da entrega, reparar à sua custa qualquer falta às suas obrigações, desde que isso não implique um atraso irrazoável e não cause ao comprador nem inconvenientes irrazoáveis nem incertezas quanto ao reembolso pelo vendedor das despesas feitas pelo comprador. Contudo, o comprador conserva o direito de pedir indenização por perdas e danos, nos termos da presente Convenção. 2. Se o vendedor exigir do comprador que lhe faça saber se aceita a execução, e se o comprador não lhe responder num prazo razoável, o vendedor pode executar as suas obrigações no prazo que indicou no seu pedido. O comprador não pode, no decurso deste prazo, prevalecer-se de um meio incompatível com a execução pelo vendedor das suas obrigações. 3. Se o vendedor comunicar ao comprador a intenção de executar as suas obrigações num prazo determinado, presume-se que ele pede ao comprador que lhe faça conhecer a sua decisão nos termos do parágrafo anterior. 4. Um pedido ou uma notificação feitos pelo vendedor, nos termos dos parágrafos 2 ou 3 do presente artigo, não são eficazes se não forem recebidos pelo comprador.

Artigo 49 - 1. O comprador pode declarar o contrato resolvido: (a) se a inexecução pelo vendedor de qualquer uma das obrigações que resultam para ele do contrato ou da presente Convenção constituir uma violação fundamental do contrato; ou (b) em caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias no prazo suplementar concedido pelo comprador, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 47, ou se declarar que não as entregará no prazo assim

concedido. 2. Todavia, se vendedor entregou as mercadorias, o comprador perde o direito de declarar o contrato resolvido, se não o fez: (a) em caso de entrega tardia, num prazo razoável a partir do momento em que soube que a entrega tinha sido efetuada; (b) em caso de outra violação contratual que não a entrega tardia, num prazo razoável: (I) a partir do momento em que teve ou deveria ter tido conhecimento da violação do contrato; (II) após o decurso de qualquer prazo suplementar concedido pelo comprador, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 47, ou depois de o vendedor ter declarado que não executaria as suas obrigações neste prazo suplementar; ou (III) após o decurso de qualquer prazo suplementar indicado pelo vendedor, nos termos do parágrafo 1 do artigo 48, ou depois de o comprador ter declarado que não aceitaria a execução.

Artigo 61 - 1. Se o comprador não executar qualquer das obrigações que para ele resultam do contrato de compra e venda ou da presente Convenção, o vendedor está autorizado a: (a) exercer os direitos previstos nos artigos 62 a 65; (b) pedir a indenização por perdas e danos prevista nos artigos 74 a 77. 2. O vendedor não fica privado do direito de pedir indenização por perdas e danos se exercer o seu direito de recorrer a um outro meio. 3. Nenhum prazo suplementar pode ser concedido ao comprador por um juiz ou por um árbitro quando o vendedor se prevalecer de um dos meios de que dispõe em caso de violação do contrato.

Artigo 63 - 1. O vendedor pode conceder ao comprador um prazo suplementar, de duração razoável, para a execução das suas obrigações. 2. Salvo se o vendedor tiver recebido do comprador uma notificação informando-o de que este não executaria as suas obrigações no prazo assim concedido, ele não pode, no decurso deste prazo, prevalecer-se de qualquer dos meios de que dispõe em caso de violação do contrato. Contudo, o vendedor não perde, por este fato, qualquer direito que tenha de pedir uma indenização por perdas e danos pelo atraso na execução.

Artigo 64 - 1. O vendedor pode declarar o contrato resolvido: (a) se a inexecução

pelo comprador de qualquer uma das obrigações que resultam para ele do contrato ou da presente Convenção constituir uma violação fundamental do contrato; ou (b) se o comprador não executar a sua obrigação de pagar o preço ou não aceitar a entrega das mercadorias no prazo suplementar concedido pelo vendedor, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 63, ou se declarar que não o fará no prazo assim concedido. 2. Todavia, se o comprador pagou o preço, o vendedor perde o direito de declarar o contrato resolvido, se não o fez: (a) em caso de execução tardia pelo comprador, antes de ter sabido que a execução teve lugar; ou (b) em caso de outra violação contratual do comprador que não a execução tardia, num prazo razoável: (I) a partir do momento em que o vendedor teve ou deveria ter tido conhecimento da violação do contrato; ou (II) após o decurso de qualquer prazo suplementar concedido pelo vendedor, de acordo com o parágrafo 1 do artigo 63, ou depois de o comprador ter declarado que não executaria as suas obrigações neste prazo suplementar.

Artigo 65 - 1. Se, de acordo com o contrato, o comprador tiver de especificar a forma, a medida ou outras características das mercadorias e se não efetuar esta especificação na data acordada, ou um prazo razoável a partir da recepção de um pedido do vendedor, este pode, sem prejuízo de quaisquer outros direitos que possa ter, efetuar ele próprio esta especificação segundo as necessidades do comprador de que possa ter conhecimento. 2. Se o vendedor efetuar ele próprio a especificação, deve levar ao conhecimento do comprador as particularidades desta e fixar-lhe um prazo razoável para uma especificação diferente. Se, após a recepção da comunicação do vendedor, o comprador não utilizar esta possibilidade no prazo assim fixado, a especificação efetuada pelo vendedor torna-se vinculativa.

Artigo 73 - 1. Nos contratos com prestações sucessivas, se a inexecução por uma das partes de qualquer das suas obrigações relativas a uma prestação constituir uma violação fundamental do contrato no que respeita a esta prestação, a outra parte pode

declarar a resolução do contrato em relação a tal prestação. 2. Se a inexecução por uma das partes de qualquer das suas obrigações relativas a uma prestação der à outra parte sérias razões para concluir que uma violação fundamental do contrato terá lugar no que toca às prestações futuras, ela pode declarar a resolução do contrato para o futuro, desde que o faça num prazo razoável. 3. O comprador que declarar a resolução do contrato relativamente a qualquer prestação pode, ao mesmo tempo, declará-lo resolvido relativamente às prestações já efetuadas ou às prestações futuras se, em virtude da sua interdependência, estas prestações não puderem ser utilizadas para o fim previsto pelas partes no momento da conclusão do contrato.

Artigo 74 - As perdas e danos decorrentes de uma violação do contrato cometida por uma das partes compreendem o prejuízo causado à outra parte, bem como os benefícios que esta deixou de receber em consequência da violação contratual. Tais perdas e danos não podem exceder o prejuízo sofrido e o lucro cessante que a parte faltosa previu ou deveria ter previsto no momento da conclusão do contrato com consequências possíveis de violação deste, tendo em conta os fatos de que ela tinha ou deveria ter tido conhecimento.

Artigo 75 - Se o contrato for resolvido e se, por forma e num prazo razoável após a resolução, o comprador procedeu a uma compra de substituição ou o vendedor a uma venda compensatória, a parte que pede indenização por perdas e danos pode obter a diferença entre o preço do contrato e o preço da compra de substituição ou da venda compensatória, bem como qualquer outra indenização por perdas e danos que possa ser devida em virtude do artigo 74.

Artigo 76 - 1. Se o contrato for resolvido e as mercadorias tiverem um preço corrente, a parte que pede indenização por perdas e danos, se não procedeu a uma compra de substituição ou a uma venda compensatória nos termos do artigo 75, pode obter a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da resolução, bem como qualquer outra indenização por

perdas e danos que seja devida em virtude do artigo 74. No entanto, se a parte que pede indenização por perdas e danos resolveu o contrato depois de ter tomado posse das mercadorias, é o preço corrente no momento em que tomou posse delas que é o aplicável e não o preço corrente no momento da resolução. 2. Para os efeitos do parágrafo anterior, o preço corrente é o preço do lugar onde a entrega das mercadorias deveria ter sido efetuada ou, na falta de preço corrente nesse lugar, o preço corrente praticado noutro lugar que se afigure razoável tomar como ponto de referência, tendo em devida conta as diferenças no custo do transporte das mercadorias.

Artigo 77 - A parte que invoca a violação do contrato deve tomar as medidas razoáveis, face às circunstâncias, para limitar a perda, aí compreendido o lucro cessante, resultante da violação contratual. Se não o fizer, a parte faltosa pode pedir uma redução da indenização por perdas e danos no momento da perda que deveria ter sido evitada.

Artigo 79 - 1. Uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer das suas obrigações se provar que tal inexecução se ficou a dever a um impedimento alheio à sua vontade e que não era razoável esperar que ela o tomasse em consideração no momento da conclusão do contrato, o prevenisse ou o ultrapassasse, ou que prevenisse ou ultrapassasse as suas consequências. 2. Se o não-cumprimento de uma parte se ficou a dever ao não-cumprimento de terceiro que ela encarregou de executar o contrato total ou parcialmente, aquela parte só fica exonerada da sua responsabilidade: (a) se estiver exonerada em virtude do disposto no parágrafo anterior; e (b) se o terceiro estivesse também ele exonerado, caso as disposições daquele parágrafo lhe fossem aplicadas. 3. A exoneração prevista pelo presente artigo produz efeitos enquanto durar o impedimento. 4. A parte que não executar as suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento e os efeitos deste sobre a sua capacidade de cumprir o contrato. Se a outra parte não recebe a comunicação num prazo razoável contado a partir do momento em

que a parte faltosa conheceu ou deveria ter conhecido o impedimento, esta fica responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de recepção da comunicação. 5. As disposições do presente artigo não impedem as partes de exercer qualquer dos seus direitos, salvo o de obter indenização por perdas e danos, nos termos da presente Convenção.

Artigo 81 - 1. A resolução do contrato liberta ambas as partes das obrigações dele decorrentes sem prejuízo de qualquer indenização por perdas e danos que possa ser devida. A resolução não afeta quaisquer estipulações do contrato relativas à solução dos diferendos ou aos direitos e obrigações das partes em caso de resolução. 2. A parte que executou total ou parcialmente o contrato pode reclamar da outra parte a restituição de tudo aquilo que forneceu ou pagou a título de cumprimento daquele. Se ambas as partes estiverem obrigadas a proceder a restituição, devem efetuá-las simultaneamente.

Artigo 82 - 1. O comprador perde o direito de declarar o contrato resolvido, ou de exigir do vendedor a entrega de mercadorias de substituição, se lhe é impossível restituir as mercadorias num estado sensivelmente idêntico àquele em que as recebeu. 2. O parágrafo anterior não se aplica: (a) se a impossibilidade de restituir as mercadorias, ou de as restituir num estado sensivelmente idêntico àquele em que o comprador as recebeu, não se ficar a dever a um ato ou omissão seus; (b) se as mercadorias pereceram ou se deterioraram, no todo ou em parte, em consequência do exame prescrito no artigo 38; ou (c) se o comprador, antes do momento em que constatou ou deveria ter constatado a falta de conformidade, vendeu todas ou parte das mercadorias, no quadro de uma operação comercial normal, ou consumiu ou transformou todas ou parte delas de acordo com o uso normal.

Artigo 83 - O comprador que perdeu o direito de declarar o contrato resolvido ou de exigir do vendedor a entrega de mercadorias de substituição, nos termos do artigo 92, conserva o direito de se prevalecer de todos os outros meios que lhe advenham do contrato e da presente Convenção.

Artigo 84 - 1. Se o vendedor estiver obrigado a restituir o preço, deve também pagar juros sobre aquela quantia a partir do dia do pagamento. 2. O comprador deve entregar ao vendedor o equivalente a todo e qualquer benefício que retirou das mercadorias ou de uma parte destas: (a) quando deva restituí-las no todo ou em parte; ou (b) quando se encontre impossibilidade de restituir as mercadorias no todo ou em parte ou de as restituir, no todo ou em parte, num estado sensivelmente idêntico àquele em que as recebeu, e mesmo assim declarou o contrato resolvido ou exigiu do vendedor a entrega de mercadorias de substituição.

Artigo 88 - 1. A parte que estiver obrigada a assegurar a conservação das mercadorias, nos termos dos artigos 85 e 86, pode vendê-las por todos os meios apropriados se a outra parte se atrasou de modo irrazoável a tomar posse das mercadorias, ou a retomá-las ou a pagar o preço ou as despesas de conservação, desde que notifique a outra parte, em condições razoáveis, da sua intenção de proceder à venda. 2. Se as mercadorias estiverem sujeitas a uma rápida deterioração ou se a sua conservação provocasse despesas excessivas, a parte que estiver obrigada a assegurar a conservação das mercadorias nos termos dos artigos 85 e 86, deve empenhar-se, de modo razoável, em vendê-las. Na medida do possível, deve notificar à outra parte a sua intenção de proceder à venda. 3. A parte que vender as mercadorias tem o direito de deduzir do produto da venda um montante igual às despesas razoáveis feitas com a conservação e a venda das mercadorias, devendo entregar o remanescente à outra parte.

Anexo II

Legislação brasileira citada

Código civil

Artigo 177 - As ações pessoais prescrevem, ordinariamente, em vinte anos, as reais, em dez, entre presentes e entre ausen-

tes, em quinze, contados da data em que poderiam ter sido propostas.

Com a nova redação dada pela Lei nº 2.437, de 07/03/1955. O direito do IAPAS de receber ou cobrar importâncias devidas ao FPAS e ao FLPS prescreve em 30 (trinta) anos (Decreto nº 83.081, de 24/01/1979, art. 154).

Artigo 178 - Prescreve: § 9, V - A ação de anular ou rescindir os contratos, para a qual se não tenha estabelecido menor prazo; contado este: (a) no caso de coação, do dia em que ela cessar; (b) no de erro, dolo, simulação ou fraude, do dia em que se realizar o ato ou o contrato; (c) quanto aos atos dos incapazes, do dia em que cessar a incapacidade.

Artigo 866 - Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu. V. art. 871.

Artigo 955 - Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento, e o credor que o não quiser receber no tempo, lugar e forma conveniados (art. 1.058). V. art. 963. V. Código Comercial, arts. 137 e 138.

Artigo 956 - Responde o devedor pelos prejuízos a que a sua mora der causa (art. 1.058). V. arts. 1.056 e 1.062. Acréscimo de juros no caso de mora de débito fiscal - V. art. 161 da Lei nº 5.172, de 25/10/1966 (Cód. Tributário Nacional).

Artigo 963 - Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora. V. art. 909.

Artigo 1.056 - Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos. V. arts. 865, 016, 955, 956, 1.092, parágrafo único, e 1.097. Responsabilidade contratual relativa aos transportes aéreos - V. arts. 97 a 108 do Decreto-lei nº 32, de 18/11/1966 (Cód. do Ar). O inadimplemento de obrigação relativa a ajuste salarial foi erigido em crime e equiparado à sonegação fiscal, pelo art. 10 do Decreto-lei nº 15, de 19/07/1966.

Artigo 1.092 - Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento do outro. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la. V. arts. 954, 1.056, 1.130 e 1.131. V. art. 198 do Código Comercial. No Estado de São Paulo, o Decreto nº 46.118, de 18/03/1966, estabelece normas para reajustamento de preços nos contratos de natureza pública.

Artigo 1.163 - Ajustado que se desfaça a venda, não se pagando o preço até certo dia, poderá o vendedor, não pago, desfazer o contrato, ou pedir o preço. V. arts. 647, 960 e 1.092, parágrafo único. Parágrafo único - Se, em dez dias de vencido o prazo, o vendedor, em tal caso, não reclamar o preço, ficará de pleno direito desfeita a venda.

Código comercial

Artigo 202 - Quando o vendedor deixa de entregar a coisa vendida no tempo aprazado, o comprador tem opção, ou de rescindir o contrato, ou de demandar o seu cumprimento com os danos da mora; salvo os casos fortuitos ou de força maior. Inexecução das obrigações: arts. 1.056 a 1.058 e 1.092, parágrafo único, do Código Civil.

Artigo 204 - Se o comprador sem justa causa recusar receber a coisa vendida, ou deixar de a receber no tempo ajustado, terá o vendedor ação para rescindir o contrato, ou demandar o comprador pelo preço com os juros da mora; devendo, no segundo caso, requerer depósito judicial dos objetos vendidos por conta e risco de quem pertencer. Consignações: arts. 973 e segs. e 1.092, parágrafo único, do Código Civil.

Artigo 212 - Se o comprador reenvia a coisa comprada ao vendedor, e este a aceita (art. 76), ou, sendo-lhe entregue contra sua vontade, a não faz depositar judicialmente

por conta de quem pertencer, com intimação do depósito ao comprador, presume-se que consentiu na rescisão da venda.

Notas

¹ Em se tratando de venda internacional, tem atualidade a questão de venda de gás pela Argentina ao Brasil, com a construção de projetado gasoduto. O art. 2º da Convenção exclui do seu âmbito a venda de eletricidade. No "Colóquio de Lausanne" (1984), Volken formulou a questão de abrangência de outras formas de energia, entendendo Widmer e Loewe que o petróleo deve ser considerado mercadoria, e assim toda a fonte de energia "palpável", restando em aberto a questão do gás (Volken, *Champ d'application, interprétation, lacunes, usages*. In: Convention de Vienne de 1980. Colloque de Lausanne des 19 et 20 novembre, 1984. Instituts suisse de droit comparé, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985, pp. 21-38). Aceito o princípio de que o não-excluído está incluído, deve ser admitida a incidência da Convenção sobre a compra e venda internacional de gás.

² Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. I, p. 60.

³ David, René. *Les contrats en droit anglais*. Paris, LGDJ, 1973, p. 371.

⁴ O art. 32 da Lei nº 6.766/79, sobre o parcelamento do solo urbano, prevê caso de resolução legal que se constitui por simples notificação ao devedor inadimplente.

⁵ A resolução automática, independente de notícia à contraparte, foi considerada causadora de confusão e incerteza sobre os direitos e deveres dos contratantes. Date Bah, Samuel. *Notice of avoidance*. In: Commentary on the international sales law. Milão, Giuffrè, 1987, pp. 222-23.

⁶ P. Widmer. *Droits et obligations du vendeur*. In: Colloque de Lausanne, cit. p. 91-104/95; P. Tercier, *Droits et obligations de L'Acheteur*. In: Colloque de Lausanne, cit. pp. 119-42/134.

⁷ Somente para estas prestações poderá ser concedido prazo suplementar para o efeito de, uma vez desatendido, dar margem à resolução do contrato. O descumprimento de obrigação de outra natureza não oportuniza a estipulação de prazo suplementar ao fim do qual poderia o credor declarar resolvido o contrato; o incumprimento destas outras obrigações somente autoriza a resolução se constituírem violação fundamental, nos termos do art. 25. Já a desatenção ao prazo suplementar para cumprimento da obrigação principal caracteriza presumidamente violação fundamental.

⁸ Larenz, *Derecho de obligaciones*, 1958, v. 1, p. 303.

⁹ O princípio da boa-fé objetiva, apesar de não acolhido expressamente no nosso Código Civil, apenas refe-

rido brevemente no velho Código Comercial de 1850 (art. 131: "Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras") tinha plena vigência no Direito brasileiro ainda antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.90) (cfr. Clóvis do Couto e Silva. *O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português*. In: Estudos de Direito civil brasileiro português. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, pp. 43-61). Hoje, o Código de Defesa do Consumidor tem regra expressa, aplicável a todo o sistema: é nula a cláusula incompatível com a boa-fé (art. 51, IV).

¹⁰ Farnsworth, E. Allan. *Rights and obligations of the seller*. In: Colloque de Lausanne, pp. 83-90.

¹¹ Ao direito de o comprador exigir a reparação contrapõe-se o direito de o vendedor efetuar os reparos, por sua iniciativa, nos casos do art. 48 e do art. 37.

¹² Não cabe a resolução se o vendedor reparou a falta, no caso de entrega antecipada (art. 37).

¹³ Na lição de Tercier, o descumprimento dos deveres acessórios do comprador, como os de examinar a mercadoria, dar aviso dos defeitos, assegurar a sua conservação, vender as mercadorias, quando for o caso (art. 88), não permite requerimento de execução, causando apenas a perda do direito do comprador ou ensejando

a reparação do prejuízo sofrido (*Droits et obligations de l'acheteur*. In: Colloque de Lausanne, pp. 119-42).

¹⁴ Michael Will, *Right to avoid contract*. In: Commentary on the international sales law, pp. 359-67, art. 49.

¹⁵ Além de não se aplicar esta disposição aos casos em que a própria Convenção se refere a uma declaração receptícia, como no art. 48, 4, também não se estende aos atos necessários à formação do contrato.

¹⁶ Victor Knapp. *Damages in general*. In: Commentary on the international sales law, pp. 538-48.

¹⁷ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, v. 38, p. 340. Ruy Rosado de Aguiar Jr., *A Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, Rio de Janeiro, Aide Editora, 1991, p. 261.

¹⁸ É discutível a afirmação de que o prazo de quatro anos a que se refere o art. 178, § 9º, inciso V, do Código Civil (prescreve em quatro anos a ação para rescindir os contratos), que atinge o direito formativo de promover a ação de anulação do contrato por vício de vontade, aplica-se também para a ação por incumprimento do devedor. Isto porque a ação de resolução não é passível de prescrição, nem decorre de vício de vontade existente ao tempo da celebração do contrato, a partir do qual o referido artigo manda seja contado o prazo prescricional.

¹⁹ Cfr. Widmer. *Droits et obligations du vendeur*. Colloque de Lausanne, 91-107.

²⁰ Cfr. Bonell, 65-94, *Interpretation of convention*, p. 84, p. 69).

O declínio da intervenção estatal na economia

Seminário de Direito Público e Privado - Presença do Estado na economia UFRGS/92

Peter Walter Ashton

Professor de Direito Comercial e
Direito dos Negócios e Mercado de Capitais

Abstract

The article, based on research undertaken in 1989 by the United Nations, analyses the progressive reduction of the size of the State, Worldwide, as well as the effort, of many countries, specially of eastern Europe, to privatize bloated and inefficient State services.

O Estado existe, fundamentalmente, para viabilizar a existência de uma sociedade humana organizada. Desde milhares de anos o homem tem procurado calibrar o tamanho e principalmente os poderes do Estado. De um lado existem os que defendem idéias anárquicas, desejando o desaparecimento do Estado, posição evidentemente utópica, e de outro há os que propugnam pela existência de um Estado colossal, onipotente que desde o nascimento do ser humano até a morte tudo ou quase tudo supervisiona e regulamenta. É esta uma visão Orwelliana, igualmente utópica e assustadora quanto à primeira dos anarquistas que evidentemente deve ser repelida. Como em tudo, a verdadeira dimensão do Estado deve ser expressa por uma solução intermediária. Diria que a formulação desta solução necessariamente deve ter como parâmetro fundamental, como medida de tudo que diz respeito ao Estado, o indivíduo, o ser humano. O Estado deve existir para proteger e auxiliar o homem singular e garantir a sua liberdade individual. Nesta tarefa, de suporte do indivíduo, não pode contudo o Estado ignorar outro parâmetro, igualmente importante, que é o bem social, o bem estar coletivo, coletividade dentro da qual existe

o indivíduo, o cidadão singular. A experiência histórica tem demonstrado que na medida em que aumenta e se acelera a massificação da sociedade humana, aumenta, desmedidamente a presença, a importância e o poder do Estado. Tal fenômeno, no nosso entender, é em parte atribuível às solicitações cada vez mais intensas que as massas formulam ao Estado para a realização do seu bem estar, e o surgimento de uma burocracia administrativa cada vez mais especializada e elitizada que se aninha nos órgãos do Estado para ali, bem ou mal, administrá-lo no interesse dessas massas, via de regra ignorantes, e, evidentemente no seu próprio também, pois se o poder corrompe, o poder absoluto corrompe absolutamente. Os exemplos do agigantamento do Estado estão aí, patentes aos olhos de todos nós; existem tanto no ocidente quanto no oriente do nosso mundo atual. Todavia, houve uma mudança perceptível na opinião mundial em relação às funções do Estado e à participação do povo na vida social e econômica. O papel do Estado na sociedade e na economia, durante muito tempo objeto de controvérsias políticas e ideológicas, está sendo reavaliado mundialmente, e as mudanças de opinião a respeito do assunto tem ultrapassado as fronteiras nacionais, políticas e ideológicas, eis que emanam de experiências pragmáticas que não são nem uniformes, nem idênticas, em todo mundo, mas suficientemente fortes para indicar uma tendência futura.

O papel do Estado na economia, sua importância no desenvolvimento econômico e social de qualquer país deriva, neste século vinte, principalmente, dos efeitos práticos da

Revolução Soviética de 1917, do *New Deal* de Franklin Delano Roosevelt e das teorias macro-econômicas de John Maynard Keynes. Também os postulados morais dos socialistas fabianos tiveram forte influência. Finda a segunda guerra mundial, grande número de países, ex-colônias, do terceiro-mundo, ávidos de desenvolvimento, rápido, deslumbrou-se com o aparente sucesso da União Soviética e seguiram em grau maior ou menor o seu modelo político-econômico (que hoje se revela falido), ajudando assim inclusive a fazer da ex-União Soviética, durante algum tempo, uma potência mundial militar, política e econômica. Nos países ex-colônias, nos quais não havia nenhum setor privado significativo, até mesmo mecanismos governamentais rudimentares, passaram a ser considerados agentes superiores do desenvolvimento. O surgimento em profusão do planejamento centralizado e das economias dirigidas não tardou, já que nestes países emergentes, geralmente paupérrimos, inexistiam os mecanismos privados inerentes ao mercado livre. Acreditava-se, por exemplo, nos países da América Latina que a rigidez das estruturas tradicionais exigia vigorosas iniciativas estatais. O México nos parece típico desta mentalidade de evolução. Seguiu-se uma fase na qual passou a outorgar-se ao Estado um grande número de prestações de serviços. A "proteção completa" dada pelo Estado, prestador munificente de toda sorte de serviços, o famoso *Welfare State* passou a ser por todos almejado. Nesta linha de pensamento afirmava-se, com convicção, que todos os cidadãos de um determinado país deviam poder desfrutar, em igualdade de condições, das benesses do Estado e que para alcançar este objetivo, os serviços pleiteados deveriam ser oferecidos com uniformidade em todo o país, reduzindo-se assim desigualdades regionais na distribuição dos recursos estatais. Todas as decisões deveriam ser elaboradas a nível central. Devia imperar uma idéia coletiva do bem estar da sociedade, e jamais uma prestação de serviços baseada em decisões privadas, segundo opiniões individuais daquilo que deveria

significar e ser este bem-estar. Embora estas políticas de provisão e previsão social estatal total tenham melhorado a qualidade de vida de muitos, o custo financeiro astronômico de tais programas somente pode ser suportado, razoavelmente, naqueles países que contam com uma população estável, sem significativo crescimento demográfico, povo alfabetizado e capaz de aplicar e utilizar alta e média tecnologia, em todos os campos e áreas de atividade e produção humanas, forte e consciente arrecadação e pagamento de impostos, bem como administração estatal qualificada, dedicada, bem paga e incorruptível, dotada de forte senso, de patriotismo e colaboração com o bem comum. Inexistindo estas condições, que geram a capacidade de produção de riquezas e viabilizam a arrecadação de impostos pelo Estado, é impossível manter, a longo prazo, um *Welfare State*, pois o déficit público, a inflação debilitante e um inchado serviço público logo se instalam e acabam com toda e qualquer euforia e ilusão.

Estudo relatório elaborado pelas Nações Unidas revela que já a partir da década de 1970 iniciaram-se as críticas aos princípios que informam a política econômica e social do *Welfare State*. O consenso sobre o revelante papel do Estado que parecia tão firme de 1950 a 1970 em muitos países, sem levar em conta a sua organização política, revela-se enfraquecido e ténue ao fim da década de 80. A importância excessiva atribuída ao Estado, quase invariavelmente redundou em desastre econômico-financeiro e quase falência.

Se trinta anos atrás a prioridade dos planos econômicos era o pleno emprego, avançar para aumentar a produção e assim incrementar a arrecadação de impostos, hoje em dia a preocupação maior é o combate e o controle da inflação e a melhora da competitividade internacional dos países, competitividade que presentemente se considera como a condição básica para o crescimento econômico a longo prazo e geradora do pleno emprego.

Informa o estudo das Nações Unidas, por nós consultado, que os altos gastos so-

ciais, sempre crescentes, são presentemente associados a resultados econômicos estancados. Em que pesem as tentativas feitas, não foi possível estabelecer nenhuma conexão empírica clara e positiva entre o nível dos gastos sociais e a taxa de crescimento econômico, o que parece comprovar que altos gastos sociais não geram, automaticamente como resultado, uma melhoria no desempenho econômico de um país. De outra feita tem-se argumentado que impostos mais altos sobre os salários aumentam o custo do trabalho; que impostos mais elevados sobre os rendimentos desestimulam os investimentos, a poupança e a iniciativa empresarial em geral, e que os déficits propositais vinculados e determinados objetivos geram inflação.

Argumenta-se ainda que os maciços gastos com o bem-estarsocial geram desestímulos ao trabalho e que todos estes fatores em seu conjunto fomentam uma falta de flexibilidade e atrasam o crescimento. Quer nos parecer que o que temos lido a respeito do estado atual, deplorável, da economia da ex-União Soviética é uma prova cabal do acerto destes argumentos contidos no citado relatório da Organização da Nações Unidas.

Durante as décadas de 50 e 60, enquanto se expandiam os serviços sociais, acreditava-se que a responsabilidade principal de financiar esta expansão deveria recair sobre os que economicamente estavam melhor. Esta convicção mudou a partir do final dos anos setenta, pois constatou-se, na maioria dos países desenvolvidos, que não somente os economicamente mais fracos têm acesso e usufruem dos serviços de seguridade social, mas sim a população em geral sobre a qual recai a carga dos gastos sociais. Ficou patente que o sistema não funcionava como uma redistribuição dos rendimentos dos ricos aos pobres, mas que a incidência principal dos encargos do *Welfare State* - do Estado provedor - recaía sobre os rendimentos da classe média. Esta, dando-se conta desta situação, passou a oferecer resistência à aceitação de maiores imposições para manter o Estado provedor, resistência essa

que ultimamente tem aumentada bruscamente, como demonstram diversas "rebeliões antitributárias" ou "antitaxa" de previdência social, o crescimento de economias subterâneas, as mais diversas e sofisticadas formas de sonegação de impostos e medidas defensivas similares.

Constata o já citado relatório da ONU que tanto no modelo da previsão social estatal como no que adota uma economia planificada e centralizada, os serviços proporcionados ou financiados pelo setor público crescem desmedidamente, tornando-se por demais vastos e complexos. Com a proliferação de organismos estatais gigantes, dotados de jurisdições que se superpõem e digladiam, a criação de categorias profissionais burocráticas as mais diversas e uma crescente centralização administrativa, o sistema passa a ser de difícil manejo, não consegue satisfazer adequadamente novas necessidades e muito menos as antigas. Pouco a pouco o sistema passa a mostrar-se menos responsável ante os legisladores e principalmente os seus usuários, e a desmedida complexidade permite crescentes abusos e surpreendentemente impossibilita o acesso à assistência social, a muitos com reais necessidades. Outros, desalentados por procedimentos complicados e burocratas pouco sensíveis, ou até ignorantes dos seus direitos, não chegam a utilizar os serviços sociais disponíveis. Se, então, de um lado existe, cada vez mais presente, o problema da fraude no sistema de prestação de serviços de bem-estar, de outra banda se tem constatado, a nível estatístico, que o apoio público/estatal aos miseráveis e/ou muito pobres, aos jovens sem qualquer qualificação profissional, a pais e mães solteiras e a toda sorte de miseráveis discriminados que não possuem conhecimentos remuneráveis, nem pela sociedade nem pelo mercado de trabalho, cria uma dependência viciada e autoperpetuante da ajuda governamental. Impõe-se então uma mudança de objetivo na política de prestação de serviços sociais. É preciso viabilizar e ajudar os usuários destes serviços a superar a "dependência de bem-estar", proporcionando capacitação

profissional que permita a estes usuários obter trabalho mais facilmente. As experiências realizadas indicam que este sistema/solução alternativo não deve ser coercitivo, mas sim voluntário. Tomada a decisão, a nível governamental/administrativo de adotar esta sistemática, é preciso que a economia do país em que o sistema é implantado, oferta a empregos não-qualificados ou de baixa qualificação suficientes em locais acessíveis, viabilizando também horários flexíveis para atrair mães trabalhadoras ou que cuidem de pessoas incapacitadas ou idosas. É óbvio que esta não é uma solução milagrosa, pois sempre haverá um número significativo de pessoas que por incapacidade mental ou física não tem as condições necessárias para exercer até mesmo estes tipos de empregos e que continuarão dependentes dos serviços públicos.

Afirma-se, com cada vez maior clamor a necessidade de mudança nos serviços sociais e estatais criticados como sendo caros e embrutecedores e que poderiam ser complementados e até mesmo substituídos por sistemas de apoio familiares ou comunitários, como por exemplo quando se trata de anciãos e incapacitados.

O valor e a importância da liberdade de opção

Existe a opinião, bastante difundida, de que a regulamentação excessiva da vida social e econômica de qualquer país reduz, sensível senão totalmente a liberdade de opção dos cidadãos, tornando ineficiente a intervenção estatal. A destinação de recursos por força da planificação cultural governamental seguidamente resulta em decisões errôneas e a produção de bens e serviços que não correspondem às necessidades dos consumidores destes bens e serviços. Existem verdadeiras histórias de horror, trágicas e hilariantes ao mesmo tempo, quanto a este tipo de problemática nos países comunistas, principalmente na ex-União Soviética. As inúmeras normas que regem a vida econômica e social dos países comunistas e

das economias demasiadamente estatizadas servem para proteger as empresas da concorrência e para proporcionar aos burocratas meios para assegurar-se vantagens pessoais, sem que a Sociedade obtenha qualquer benefício. Talvez a mudança mais importante que está ocorrendo, em larga escala, em muitos países, é o reconhecimento de que é *valiosa a liberdade em relação à intervenção estatal* devido ao que Milton Friedman denominou, em sua obra *Freedom of Choice*, a fecundidade da liberdade, porque se reconheceu que a liberdade *por si só é produtiva*.

O valor decisivo da liberdade em relação à intervenção governamental para aumentar a produção e ampliar o número de opções possíveis possui duas fontes. Em primeiro lugar, permite que a sociedade aproveite o poder criador e o espírito de iniciativa do empresário; em segundo lugar, a liberdade de ação rompe a rigidez das regulamentações e dos sistemas de outorga de licenças que petrificam o *status quo* e opõem resistência tenaz à mudança e à inovação. Os mercados menos regulamentados permitem maior competência e fomentam uma maior eficiência no uso dos recursos.

No que concerne aos serviços de saúde pública, educação e infra-estrutura física, é notório que as economias de mercado, via de regra, apresentam dificuldades intrínsecas para ocupar-se com estes problemas. É, pois, nesta área que deve agir o Estado com a finalidade de aumentar a gama de possibilidades de opção dos indivíduos de participar da economia de mercado dentro da qual se encontram. Deficiências nestes serviços e outros similares que podem e às vezes devem ser oferecidos pelo Estado, reduzem a capacidade dos cidadãos de participar efetivamente da sociedade em que se encontram e diminuem a mobilidade social de amplos setores da população de um país.

Existem, naturalmente, soluções intermediárias que procuram, através de *concessões*, outorgadas pelo Estado a empresas particulares para a exploração de serviços que seriam do Estado, proporcionar os serviços que seriam inerentes ao Estado. Outra solução adotável consistiria em introduzir

elementos de concorrência entre as instituições privadas que proporcionariam os serviços em lugar do Estado, permitindo aos consumidores que façam a sua escolha. Entre os exemplos citados pela ONU, estão os seguintes: para viabilizar e incentivar a privatização do ensino público os pais receberiam bônus do governo para pagar o custo de qualquer escola que escolhessem para seus filhos em vez de manter escolas públicas ou mandar os estudantes para uma determinada escola pública. As escolas que possuem as melhores condições na opinião dos pais e estudantes sobrepujariam as demais. De maneira análoga, os médicos mais capazes e os hospitais mais eficientes atrairiam os pacientes segundo a qualidade dos seus serviços.

Outra solução, já amplamente adotada em muitos países, seria o Estado adquirir e contratar serviços e bens mediante a licitação pública, de maneira que o governo possa adquirir tais bens e serviços a preços competitivos. Em vários países, governos municipais e estaduais entregaram a prestação e distribuição de determinados serviços com base em licitação pública. Assim já funcionam serviços de limpeza pública, serviços de limpeza em hospitais públicos e outras instalações governamentais, serviços de bombeiros e até mesmo serviços penitenciários.

A propriedade estatal de empresas

Reporta o Relatório anual (1989) das Nações Unidas que dentro do processo de redefinição do papel do Estado está nitidamente demarcado o abandono das empresas estatais. No passado, os governos nacionalizavam empresas ou constituíam novas pelas razões as mais diversas. Era tido como dogma que a propriedade estatal do alto comando de uma economia ajudaria o governo a planejar centralmente a economia nacional. Acreditava-se que o governo/Estado teria um enfoque mais amplo da economia nacional do que a iniciativa privada e que haveria uma inversão maior em capital

humano e físico. Acreditava-se também que as relações de direito de trabalho, com o governo/Estado sendo o patrão, seriam mais harmoniosas do que as com o setor privado da economia. Outrossim, pontificava-se que a propriedade estatal das empresas, com poder de monopólio, permitiria ao Estado/Empresário proteger melhor o consumidor das consequências das falhas do mercado. Nada disto se concretizou. Na década de 80, chegou-se à conclusão de que estes objetivos todos seriam melhor alcançados por força da revitalização da propriedade privada. Dada a cada vez maior interdependência da economia mundial, da complexidade das relações econômicas modernas e dos rápidos avanços da tecnologia, tornou-se mais difícil, senão impossível, planificar centralmente, a longo prazo, uma economia nacional.

Acresce, que ficou mundialmente comprovado que a sempre crescente burocratização e criação de "cabides de emprego", políticos ou não, no estilo "Nomenclatura" da ex-União Soviética e dos seus ex-satélites do leste Europeu, ou então no estilo latino-americano, do qual o Brasil, lamentavelmente, não pode ser excepcionado, afogam iniciativas e inovações, eliminando por completo qualquer espírito de concorrência ou competitividade. Os dados estatísticos disponíveis à ONU mostram que as perdas e prejuízos nas indústrias do setor público são enormes e perfazem parcela cada vez mais significativa dos déficits estatais. Também o capítulo das relações laborais não é dos mais felizes nas indústrias estatais ou nacionalizadas. O conflito entre proprietário privado e empregados foi substituído pelo conflito entre governo e sindicatos; e o governo, obrigado a controlar a inflação, revela-se incapaz de resolver os seus conflitos trabalhistas, cedendo, quase sempre, às reivindicações agressivas, aos reclames corporativistas/burocratas exacerbados pela mesma inflação, incontável já, instalando-se então condenável e deplorável círculo vicioso, danoso ao contribuinte, ao consumidor, ao cidadão, enfim, à sociedade em geral.

Igualmente mudou o perfil das economias e das indústrias dos países mais desenvolvidos. Se antigamente despontavam e se sobressaíam, por exemplo, as companhias siderúrgicas e outras fábricas pesadas de infraestrutura, hoje em dia a indústria da prestação de serviços, por exemplo, o turismo, ou informática, adquire importância cada vez maior, sobrepujando em importância a hoje decadente e obsoleta indústria pesada das chaminés poluidoras. Esta brutal mudança da estrutura industrial, ocorrida nos últimos 40 anos, foi causada pela avassaladora dominação dos setores de alta tecnologia e dos serviços, por empresas privadas pequenas e médias, dinâmicas, nas quais o relacionamento patrão/empregados é mais informal e pessoal, com marcante interesse de todos os participantes do empreendimento no êxito da empresa. No Reino Unido, o ex-governo Thatcher, com ímpeto e decisão, resolveu, há mais de 8 anos, implementar a privatização das empresas estatais, através da venda no mercado acionário de capitais. Trata-se do conhecido *Business Expansion Scheme*, acoplado ao PEP, ou seja, *Personal equity plan*, isto é, o plano de participação individual no capital social de empresas estatais. Ambos os planos contaram com incentivos fiscais específicos.

Também em outras economias de mercado, tais como: a República Federal da Alemanha, a França e o Canadá, onde é forte a presença do capital privado na economia, os esforços de privatização existem e continuam, mas são mais modestos, talvez, exa-

tamente, porque não existe esta premência, esta urgência de desestatizar e privatizar para reforçar a livre iniciativa e a livre concorrência que nestes países é dominante. Países característicos desta situação são os Estados Unidos, onde apenas uma pequena parte do mercado corresponde ao setor público.

No Brasil, meritoriamente, foi criado, em 1981, um programa de desestatização. O governo brasileiro tentou, timidamente, privatizar 108 empresas estatais. Destas 108, 10 empresas foram incorporadas a outras, 4 liquidadas, duas abriram o capital ao público e as Ceasas foram entregues às administrações estaduais. Segundo informações da Secretaria Especial de Desestatização (Zero Hora de 26.02.90, pg. 12), existem 40 empresas consideradas intocáveis.

De tudo quanto foi visto, sobressai a falência, quase generalizada, da empresa estatal. Falência quanto à produtividade, inovação, dinamização, burocrático-administrativa, jurídico/laboral, e sobretudo de modernização. Basta ver o desastre do leste europeu que se patenteia agora ao mundo e que demonstra, irretorquivelmente, que a inexistência ou enfraquecimento da propriedade privada, o excesso de estatização, inexoravelmente, leva a uma qualidade inferior, ou inexistência dos produtos, ao atraso tecnológico, à pobreza generalizada, à ignorância e à infelicidade global da Sociedade em geral, excetuando apenas os que pertencem à elite da nomenclatura burocrática corporativista-partidária-monopolística.

A teoria dos modelos em Miguel Reale e Karl Renner

Rozangela Motiska Bertolo

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

Introdução; I - A teoria dos modelos em Miguel Reale; II - As instituições legais e sua função social em Karl Renner; III - As concepções examinadas sob o prisma da teoria dos modelos; Conclusão.

Abstract

The article develops the examination on the Miguel Reale and Karl Renner's scientific conceptions.

The author searches the juridical philosophic conception of the Theory of Models and its tridimensionality (fact, value and norm) as elements of juridical experience comprehension, that permeates the Miguel Reale's work.

Searches further more to identify the scientific legal theory based on the analysis of the Social Function of Legal Institutions elaborated by Karl Renner.

The work concludes that is based on the conception of Models Theory that we can delineate an analysis of the studied works.

Introdução

Ao examinar as concepções científicas do direito de Miguel Reale e Karl Renner, buscou-se em suas obras identificar se, e em que aspectos, suas teorias apresentam relação ou pontos de contato ou podem ser examinadas sob um ângulo que permita uma unidade analítica.

Primeiramente, passa-se a examinar o pensamento de Miguel Reale¹, sua concepção jusfilosófica da teoria dos modelos na sua ótica tridimensional, cuja formulação e desenvolvimento permeiam todas as suas obras.

Conforme aponta Luiz Fernando Coelho, destacam-se dois momentos na obra de Reale:

"na elaboração da metodologia da compreensão da experiência jurídica como dialética da complementariedade e, mais tarde, na tentativa concreta de aplicação deste método ao estudo do direito positivo, enquanto teoria geral, consubstanciada na teoria dos modelos jurídicos"².

A seguir, busca-se conhecer a teoria de Karl Renner cuja obra apareceu esboçada nos *Marxstudien*, em 1904, sob o título *A função social do direito*.³

Segundo O. Kahn-Freund:

"O trabalho de Renner preocupa-se em utilizar o sistema da sociologia Marxista e, mais particularmente com o impacto das forças econômicas e mudanças sociais sobre o funcionamento das instituições legais, para a construção de uma teoria do direito"⁴.

Uma vez demonstrada, em linhas gerais, a essência do pensamento dos autores examinados, procura-se encontrar, se é que ocorre, em que medida e em que aspectos, pontos de contato em seus trabalhos.

Com este objetivo e com base nas concepções da teoria dos modelos desenha-se, por fim, um quadro analítico das obras estudadas.

I - A Teoria dos Modelos em Miguel Reale

Tem-se nas obra de Reale a visão do jurista, do filósofo e do cientista do direito⁵, verificando, também, o seu pensamento

político através de seus escritos e de suas atividades.

Modelo do direito, termo proposto por Reale, na sua obra *O direito como Experiência*, tem seu conceito vinculado "à idéia de planificação lógica e à representação simbólica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma seqüência ordenada de medidas e prescrições".⁶

A idéia de modelo é a mesma da arquitetura, da matemática, da mecânica, no sentido de um projeto que condiciona uma construção.

Visualiza Reale duas espécies de modelos do direito⁷ e em ambos, idêntica tridimensionalidade:

1) Os de caráter teórico - os modelos dogmáticos ou hermenêuticos, como estruturas teóricas elaboradas no âmbito da ciência do direito, que têm por finalidade dizer o que significam os modelos jurídicos. São estes modelos produto de doutrina e têm o papel de esclarecer os modelos jurídicos vigentes, abranger a superveniência de mudanças, identificando novos conteúdos, e promover e revogação quando ocorrer a dessuetude da norma.

2) Os modelos jurídicos, nos quais ocorre a previsão ou a prefiguração de uma "ordem de competências" ou "ordem de conduta" de uma estrutura normativa. São resultantes de atos de vontade que compreendem a opção do legislador, do juiz, da autonomia de vontade negocial.

A concepção de modelo jurídico de Reale não significa um "protótipo ideal", mas modelagens práticas, modelos práticos da experiência, "formas de viver concreto dos homens", ou seja: "estruturas normativas de fatos segundo valores instaurados em virtude de um ato concomitante de escolha e prescrição".⁸

O modelo jurídico é concebido pelo autor como uma estrutura dinâmica, sendo-lhe inerente o movimento, a direção aos fins a serem alcançados, destacando ser incompreensível a experiência jurídica sem se ter presente sua natureza dialética.⁹

Reale sustenta que uma teoria dos modelos jurídicos não se exaure no plano lógico-

-formal ou pragmático, implicando o exame das estruturas normativas tanto no momento de sua configuração ou formação, esta-tuição, predeterminação normativa (racional) como também antes e depois desta fase, ou seja, desde quando o comportamento do indivíduo e sociedade vão concebendo e preservando formas de ser e de agir, ainda quando a força cogente apresenta-se difusa, resultando em parâmetros considerados legítimos e de interesse coletivo, público, identificados desde os romanos, até a sua persistência com o condicionamento histórico e de sua evolução e mutação.

Refletem-se no direito as várias estruturas normativas - modelos jurídicos -, compreendendo fatores que visam a "sua preservação e permanência", e fatores que buscam sua "reforma e substituição".¹⁰

De um lado, os estudos filosóficos, sociológicos e antropológicos estão a demonstrar a mutabilidade dos modelos jurídicos; de outro, os imperativos de certeza e segurança jurídica atribuem-lhes configuração própria e autônoma.¹¹

O exame do início e fim, da vida e morte dos modelos jurídicos, conduz ao exame da questão da vigência da norma na ocorrência da invalidade desta face ao conflito com normas hierarquicamente superiores ou a dessuetude em razão do contraste com os costumes e práticas em vigor consagrando-lhe o desuso.

A insuficiência ou superamento do modelo jurídico impõe sua substituição.

Concebe Reale o direito como "processo dinâmico por excelência em que interagem e se implicam três elementos básicos: fato, valor e norma, que não se excluem... e nem se identificam, mas que se exigem (implicação) e são irreduzíveis um ao outro"¹² (polaridade), sendo a norma o momento de síntese do fato e valor.

Reale, na sua obra *O direito como Experiência*, conclui que:

"As estruturas sociais compreendidas como estruturas fundamentais de uma sociedade apresentam-se, no que diz respeito à experiência jurídica, sob a forma de estruturas normativas ou sistema de modelos,

sendo cada modelo dotado de especial estrutura de natureza tridimensional¹³, no qual se realiza a dialética da complementariedade, a dialética aberta Reale.

Tem-se aqui o bojo das concepções de Reale que envolvem a sua Teoria Tridimensional do Direito e a sua concepção de Modelo Jurídico.

Para Reale, a compreensão da experiência jurídica em termos de modelos é de uma "estrutura normativa que ordena fatos segundo valores numa qualificação tipológica de comportamentos futuros que se ligam a determinadas consequências".¹⁴

Representa a posição tridimensionalista, segundo Reale, o pensamento jusfilosófico contemporâneo de "repúdio a quaisquer imagens parciais ou setorizadas e a insuficiência da consideração isolada do que há de fático, de axiológico ou ideal, ou de normativo na vida do direito".¹⁵

Reale aponta várias obras nas quais a perspectiva tricotômica é identificada: em Legaz y Lacambra, Garcia Maynes, Carlos Cossio, caracterizando a compreensão tridimensional do direito como fenômeno universal.

Já no ponto de partida do legislador para elaborar a norma jurídica, há "um sentido axiológico, inseparável das circunstâncias histórico-sociais... Entre fato, valor e norma existe, em suma, uma ligação de tal natureza que os três citados elementos se ordenam numa estrutura".¹⁶

Assim, pois a "situação normada"¹⁷ é a expressão concreta numa totalidade significativa, correspondendo a uma estrutura complexa.

As enormes mudanças deste século destacam a necessidade da visão do direito como atividade ou como experiência, pondo o problema de sua compreensão integral.¹⁸

Somente tendo-se presente a complexidade desta estrutura jurídica, que não é estática, mas dinâmica, é possível a compreensão integral da experiência jurídica.

Sustenta Reale que "a teoria das fontes do Direito deve ficar adstrita ao momento genético das estruturas normativas as quais condicionam a existência de diversos mode-

los jurídicos"¹⁹. Como se pode ver, o autor não pretende substituir a teoria das fontes pela teoria dos modelos, mas correlacioná-las, apontando o caráter retrospectivo das fontes (a lei, o costume, a jurisprudência), sendo os modelos, prospectivos, "referem-se à norma enquanto se atualiza".²⁰

Reale reitera sua posição de que o historicismo jurídico hegeliano ou marxista oferece-nos uma visão parcial da problemática jurídica, exatamente porque não admite qualquer distinção entre ser e o dever ser, integrando-os numa unidade que exclui como ajurídicos ou acidentais os elementos de natureza não-racional.²¹

Somente seriam jurídicos quando convertidos racionalmente em norma.

Reconhece Reale, da contribuição de Hegel, o mérito de ter revelado que "uma atividade social, para tornar-se jurídica, não precisa necessariamente se converter em regra legal; isto é, em modelo legislativo"²², pondo em relevo o direito como atividade, não apenas como norma.

Todavia, como aponta Reale, Hegel situou "fora do âmbito dos sistemas jurídicos os valores existenciais que os condicionam, até o ponto se subsumi-los na unidade superior do Estado concebido como eticidade absoluta que integra e absorve a sociedade civil".²³

A dialética de Reale, desenvolvida fundamentalmente no seu *O Direito como Experiência* e na sua *Teoria Tridimensional do Direito*, aparece como uma dialética aberta - buscando estudar o direito estatal e o direito social de maneira correlacionada e complementar, segundo a dialética de complementariedade.

Reale entende ser essencial à plena compreensão do direito a análise: 1) da experiência jurídica pré-categorial - espontânea (que continua a existir após as objetivações científicas, condicionando também o desenvolvimento das ciências que também refluem sobre ela) e,

2) de sua correlação com as instituições jurídicas - mundo racionalmente ordenado - em um sistema ou sistemas de regras - portanto científico - categorial e que entre

as duas formas de experiência há uma recíproca e permanente influência. Os modelos normativos não se desvinculam do "mundo da vida"²⁴, que condiciona sempre a experiência jurídica.

II - As instituições legais e sua função social em Karl Renner

A obra de Karl Renner²⁵ apareceu esboçada nos *Marxstudien* de 1904, sob o título *A Função Social do Direito*. Retomou-a o autor em 1929 sob o título: *As instituições do Direito Privado e sua Função Social*.

Para Friedmann, in *Legal Theory*²⁶, a ciência jurídica apresenta três estágios: o primeiro referente à formação do direito; o segundo, à sua formulação como norma, e o terceiro, à função social exercida pela norma.

É nesta última fase que Renner concentra seu trabalho. A teoria de Renner é a de que o direito, o quadro das instituições jurídicas, tem uma certa invariabilidade natural.²⁷

Renner pressupõe as instituições estáticas, estáveis, neutras²⁸, colocando toda a dinâmica de sua evolução na função social exercida pelas instituições, que situa fora do âmbito do direito.

Como explicar isto - a permanência da norma estável e a produção de efeitos e funções diferentes e sua profunda transformação com o passar do tempo?

Para o entendimento das concepções de Renner, há que se ter presente seu pensamento vinculado à escola marxista e positivista do pensamento jurídico.

Como todo positivista consistente, parece não admitir que o conteúdo das normas contidas em uma instituição jurídica venha a sofrer influência de suas funções como resultado de sua aplicação.

O entendimento do autor é de que o desenvolvimento da produtividade, o progresso técnico da humanidade são obtidos *under the eye of the law, but not means of the law*²⁹.

A legislação não é vista por Renner como autora de mudanças sociais, compreende-a o autor como reação às mudanças que têm lugar no âmago da sociedade.³⁰

Coerente com esta linha de pensamento, o autor condena o decretismo, entendendo que *transform society by decree* ou a *idolatry of the decree*³¹ é equivocada e uma superestimação de seus efeitos.

Renner identifica que as complexas relações envolvendo as instituições jurídicas e as relações de produção e consumo não se enquadram adequadamente na simplificada imagem arquitetônica de infra-estrutura e superestrutura.

Trata-se, segundo Renner, de um processo dialético em que as instituições são agrupadas e reagrupadas pela sociedade produzindo a transformação funcional de uma norma (instituição) que permanece imutável.

O Kahn-Freund ressalta a figura de uma criança que manipula blocos construindo ora uma mansão, ora uma fábrica, ora um trem, correspondendo os blocos às instituições pressupostas imutáveis e as "construções", à função social que sofre mudanças e evoluções.³²

Renner concebe, pois, a norma como estática³³ e a função social como dinâmica.

Renner denomina função econômica o resultado de muitas categorias jurídicas submetidas a um processo econômico.

Neste sentido, compreende as instituições jurídicas como instrumentos usados pela sociedade para realizar este processo, considerando-as engrenagens dos mecanismos de produção, consumo e distribuição do produto social.

Estas instituições realizam uma função social que Renner situa no campo da sociologia do direito.

Renner parte da pressuposição da estabilidade e relativa imutabilidade de instituições legais, tais como a propriedade, o contrato e concentra seu trabalho especialmente no exame da função social da primeira, que, segundo o autor, tem o mesmo significado em 1750 ou em 1900 e que, todavia, produz

diferentes efeitos, às vezes quase opostos, nos aspectos econômicos e social.

Renner aponta que o fim último da sociedade, e por consequência da função social das instituições jurídicas, é a manutenção da espécie, o que requer que a sociedade se organize em:

1) uma ordem de trabalho - *order of labour*³⁴ - que compreende a força necessária à produção e reprodução de mercadorias.

2) uma ordem de poder - *order of power*³⁵ - com a função de comando para manter a organização em funcionamento.

3) uma ordem de bens ou coisas (mercadorias) - *order of goods*³⁶ - representada pela detenção de coisas móveis ou imóveis onde estão incluídas as necessidades de consumo.

Renner concentra seu trabalho fundamentalmente no exame da função social da propriedade, sua evolução e mudanças na história do capitalismo.

Destaca o autor a definição de propriedade como concebida no direito continental europeu de fins do século XIX, especialmente em seus códigos, como o poder de gozar e dispor de alguma coisa da maneira mais absoluta.³⁷

A utilização do bem pelo proprietário, seja para produção ou consumo, considera matéria fora do interesse do direito.

Para Renner, o direito atua no distúrbio da propriedade, na turbacão, na aquisição, na perda. O uso normal da propriedade caracteriza como de interesse do economista, do sociólogo, não do jurista.³⁸

Renner inicia o exame da transformação da função social da instituição jurídica da propriedade, na época da produção utilitária, ou seja, quando os produtores de bens eram camponeses e artesões, proprietários dos meios de produção vendendo diretamente os produtos ao consumidor. A casa continha o local de trabalho, as ferramentas, a moradia, portanto uma propriedade agrícola auto-suficiente, que tinha como finalidade manter o meio de vida do proprietário e de sua família - que era ao mesmo tempo unidade de produção e de consumo.

Nesta fase, coincide a propriedade legal e econômica, enfeixando o proprietário funções que mais tarde foram separadas.

Com o evoluir da história, estabeleceu-se o comerciante entre o produtor e o consumidor e com a industrialização adquire importância o contrato de *work and labour*.³⁹

A propriedade, neste contexto, cumpria a função de providenciar uma ordem de bens ou coisas e, em parte, uma ordem de poder. A propriedade familiar deixa de ser unidade de trabalho e de consumo.

A revolução francesa representou a ruptura com as instituições feudais, especialmente a extinção da nobreza e a adoção de uma concepção de propriedade decorrente da recepção do conceito romano.⁴⁰

A ordem de trabalho passou a exigir regimentos específicos, constituindo instituições complementares representadas primeiramente pelas corporações e depois pelo livre emprego.

Passam a haver sucessivas transformações na função social da instituição jurídica da propriedade.

Esta não provê mais a ordem de produção, o produtor passa a mero detentor dos meios de produção e do produto final, mas estes não são mais de sua propriedade.

Muda, também, a instituição jurídica da propriedade no que se refere ao consumo, a terra, a habitação, os meios de produção passaram a ser objeto de contratos de aluguel, arrendamento, que têm o papel de instituições jurídicas complementares.

A pessoa do proprietário combinava em si funções que foram separadas, isto é, produzia ou adquiria matéria-prima, transformava-a no produto final e o vendia ao consumidor.⁴¹

Também o direito de família e o direito de sucessão cumpriam a função social de salvaguardar o processo de produção e reprodução de bens.

Aponta o trabalho de Renner que a instituição jurídica da propriedade permanece a mesma de sua concepção inicial, mas tornou-se a chave exclusiva do domínio na sociedade capitalista.

A unidade da propriedade foi quebrada com a especialização em várias funções, deixando inclusive de representar o real controle sobre o bem. Ilustra este fato o exemplo de Renner⁴² de que a propriedade completamente hipotecada tem sua função econômica não com o proprietário legal, mas com o detentor da hipoteca.⁴³

Na sociedade anônima, o domínio é do proprietário pleno, mas é o acionista controlador o detentor da função econômica, representando este exemplo a forma crescente de divórcio entre propriedade e domínio econômico, propriedade e controle.⁴⁴

Vê-se que os institutos complementares passam a exercer o domínio da sociedade, a ordem de poder, muitas vezes tornando o instituto da propriedade vazio de conteúdo, *an empty legal form*.⁴⁵

Do proprietário de bens corpóreos passa-se ao proprietário do capital industrial.

O poder de comando, no período feudal, era atributo do proprietário da terra.

Na fase industrial, este "novo" poder de comando passa ao detentor de capital.

Multiplicam-se as instituições complementares da propriedade (contrato de serviço, de empréstimo, de arrendamento, hipoteca, etc.) que passaram a exercer suas principais funções.

A posse física foi "purificada" através da detenção de certificados de depósito, *warrants* e outros documentos e títulos.⁴⁶

O papel das sociedades anônimas, das estruturas modernas com as *holding* e subsidiárias reforçam as teses de Renner.

Renner tomou o instituto jurídico da propriedade como base para a investigação da extensão em que a um instituto ou instituição jurídica corresponde uma função social.

III - As Concepções Examinadas sob a ótica da Teoria dos Modelos

O agrupamento das normas positivas de forma sistemática em instituições legais, bem como suas respectivas conceituações (propriedade, obrigações, aluguel, arrenda-

mento, penhor) consistiu a grande contribuição do pensamento romano para a civilização.⁴⁷

Jhering, conforme O. Kahn-Freund⁴⁸, ressaltou o sucesso dos romanos em "retirar" de uma multidão de normas legais e construir um "alfabeto" de conceitos legais os quais são pré-condições e ferramentas indispensáveis ao pensamento científico do direito.

É o que podemos chamar de definição das estruturas jurídicas fundamentais, das instituições jurídicas básicas ou, como pretende Reale, a prefiguração dos modelos jurídicos.

Pode-se tomar as expressões "instituições jurídicas" e "modelos jurídicos" como equivalentes, face a ambas significarem um conjunto, um compósito de normas ou estruturas normativas fundamentais da sociedade que constituem os institutos ou instituições jurídicas ou os modelos jurídicos.

Ajusta-se à concepção de modelos de Reale o conceito de instituições identificados pelos romanos.

Isto permitirá uma unidade analítica no exame das concepções científicas do direito de ambos os autores que ora se estuda.

Modelo em Reale compreende a estrutura normativa tanto na sua configuração normativa, racional, positivada, quanto nas suas fases anteriores - formas de ser e de agir ainda difusas - e, posteriores, compreendendo sua evolução e mutação.

Reale abrange o agrupamento das estruturas normativas, dos modelos e, portanto, das instituições jurídicas em três fases:

1) numa fase anterior de concepção de formas de ser e de agir cuja forma cogente é ainda difusa e cujos parâmetros são também difusos;

2) numa segunda fase de configuração das normas que poderíamos chamar de positividade do direito, e;

3) numa fase posterior que envolve sua evolução e mutação e muitas vezes o desaparecimento de modelos jurídicos.

Para Reale, várias estruturas normativas constituem os modelos que compreendem as estruturas jurídicas fundamentais, que o

autor ressalta serem formas de viver concreto dos homens e modelagens práticas da experiência, cuja estrutura é essencialmente dinâmica, como já referimos anteriormente.

Reale compreende nos modelos normativos fatores de preservação e permanência, como de reforma e substituição e, neste sentido, aborda tanto a vida como a morte dos modelos quando o conflito de normas, sua dessuetude ou seu superamento impõem sua substituição.

A construção jusfilosófica do direito de Reale assenta-se no repúdio às imagens parciais e na compreensão do direito como processo dinâmico de implicação e polaridade de fato, valor e norma, do qual resultam estruturas jurídicas fundamentais da sociedade subsumidas em estruturas normativas ou sistemas de modelos concebidos dentro de uma dialética aberta e de complementariedade.

A dinâmica deste século, que pode ser identificada e definida pela expressão *mudança* ressalta a necessidade da compreensão integral do direito, nomeadamente como atividade e como experiência.

Neste contexto, Reale concebe os modelos como prospectivos, ou seja, de normas enquanto se atualizam, atribuindo às fontes o caráter retrospectivo.

Para Reale, é essencial à compreensão do direito o exame da experiência pré-categorial (espontânea) e a correlação com as instituições jurídicas ou sistema de regras (científica, categorial) e entre ambas permanente influência.

A concepção de modelo de Reale apresenta-se vinculada ao mundo da vida que condiciona a experiência jurídica, portanto não apenas produto racional do legislador, mas processo orgânico de constante evolução, permitindo a permanente renovação da ciência jurídica.

Reale estabelece sua construção jusfilosófica através de sua dialética aberta do direito como experiência, concretizada nos modelos jurídicos dinâmicos e prospectivos que se complementam e se integram contendo as suas próprias possibilidades de mudança e evolução.

Compara Reale, como já se referiu na primeira parte deste trabalho, os modelos jurídicos como modelagens práticas da experiência, com formas de viver concreto dos homens, com a prefiguração de ordens de conduta em estruturas normativas que resultam de atos de vontade do legislador, do juiz e da autonomia da vontade negocial.

Já Renner, ao desenvolver seu trabalho sobre a função social das instituições jurídicas, cujo estudo representou, sem sombra de dúvida, um marco significativo no que se refere ao exame da função social exercida pelas normas, mais especificamente pelas instituições jurídicas, estabeleceu, na base de seu trabalho, a concepção de ciência do direito influenciada pela visão positivista de pureza normativa do positivismo científico⁴⁹, ou seja, de que para a norma é indiferente a função que exerce, pressupondo as instituições jurídicas, além de estáveis e estáticas⁵⁰, como neutras, isto é, "nem feudais, nem capitalistas, nem socialistas"⁵¹.

Renner conceitua a instituição legal como um compósito de normas, um todo de imperativos escritos ou impressos⁵².

Para Renner, a transformação da função social das instituições jurídicas não significa a transformação das próprias instituições em parte do direito positivo⁵³.

Todavia, Renner nem de longe desconhece a dinâmica da função social, simplesmente em decorrência e coerentemente com sua concepção de ciência do direito coloca esta dinâmica fora do âmbito do direito, isto é, no campo da sociologia, da ciência política, da economia, afirmando, reiteradas vezes, não apresentarem matéria do interesse do jurista.

A visão de Renner, estritamente positivista, levou-o a ver a função social das instituições jurídicas como fenômeno ajurídico⁵⁴.

A visão de Renner das instituições jurídicas se dá sob a ótica da dialética marxista que não admite a influência ou a interinfluência da superestrutura sobre a infra-estrutura.

Entretanto, o autor salienta que a metáfora arquitetônica de Marx é simplista para compreender a complexidade das relações entre direito e economia⁵⁵.

A dialética marxista em Renner apresenta como jurídicas as relações econômicas e sociais somente a partir do momento em que se convertem em normas de forma racional e objetiva, disto resulta num sistema fechado, numa visão parcial de problemática jurídica, típica da passagem do século XIX para o século XX⁵⁶.

O pensamento de Renner como cientista do direito, vinculado a uma visão de norma como estática e imutável, opõe-se à de Jhering, como também ao realismo americano, à escola do direito livre e às concepções contemporâneas que propugnam a interpretação das normas de acordo com seus propósitos sociais, uma vez que o trabalho de Renner parece indicar que o autor não admite que a norma, enquanto jurídica, possa ser influenciada por suas funções ou pelo próprio resultado de sua aplicação.

Observe-se que Renner afirma que a transformação da função social ocorre como a grama que cresce⁵⁷, não podendo esta transformação ser identificada num dado momento estanque, mas somente pode ser observada com o seu desenvolvimento gradativo. Com esta observação, o autor parece admitir, considerando a figura utilizada isoladamente, que a mudança da função social ocorre modificando a própria "grama", isto é, uma mudança gradual e imperceptível da própria instituição jurídica.

Adverta-se que a leitura desta imagem utilizada pelo autor, tendo em conta suas inúmeras advertências buscando separar instituições jurídicas - como estruturas normativas - da função social exercida pelas mesmas, leva a crer que este se referia exclusivamente à mudança das funções sociais especificamente e, portanto, fora do âmbito da ciência do direito e não às próprias estruturas normativas representadas pelas instituições jurídicas.

Diferem basicamente os autores e isto se explica tanto pelas diferentes épocas em que foram escritos os trabalhos como pelas correntes de pensamento a que se filiam e, fundamentalmente, pela própria concepção de instituição e modelo jurídico com que trabalham.

Renner tem como jurídico exclusivamente a norma, as estruturas normativas, as instituições jurídicas, não admitindo como jurídica a função social exercida por estas, considerando-a fora do mundo jurídico e não do interesse do jurista.

Esta visão dialeticamente fechada que Renner tem das instituições jurídicas o leva a situar as mudanças funcionais e suas interinfluências fora do âmbito do direito.

Neste ponto, divergem substancialmente os autores examinados.

Cabe ressaltar que Renner não desconhece as transformações funcionais. Ao contrário, debruça-se sobre elas traçando profunda análise, apenas sua vinculação dialética o leva à formulação das instituições jurídicas como modelos jurídicos fechados e estáticos, situando as transformações e evoluções fora do âmbito jurídico.

As estruturas sociais, as instituições jurídicas como estruturas fundamentais na concepção de Reale, integram os modelos jurídicos que representam toda uma estrutura normativa que ordena fatos segundo valores.

O que para Renner é metajurídico e ajurídico está integrado na concepção de modelo Realeana.

A compreensão de modelo em Reale não vem, de outro lado, estabelecer confusão no que se refere à definição do campo da filosofia e da sociologia do direito.

O jurista olha mais a norma, mas para compreendê-la em sua plenitude não pode deixar de recorrer a fatos e valores.

A perspectiva dominante do valor é matéria da filosofia do direito.

A prevalência do elemento fático é determinante para a sociologia do direito, e o horizonte do jurista é marcado por um sistema de normas legais, mas os três elementos são indispensáveis para uma compreensão adequada do direito.

Conclusão

Conclui-se que as instituições jurídicas ou as estruturas fundamentais do direito

podem ser vistas, também, como modelos jurídicos.

No tocante à estrutura científica do direito sobre a qual Renner desenvolve seu trabalho ao examinar instituições jurídicas do direito privado com ênfase na instituição da propriedade e instituições jurídicas complementares, detendo-se no estudo da função social exercida por estas instituições, encontra-se como ponto-chave sua concepção de instituições jurídicas - como estáticas e estáveis, e a dinâmica das profundas alterações da função social destas instituições como matéria fora do âmbito jurídico.

Já a concepção de Miguel Reale de modelo jurídico compreende a dinâmica da norma enquanto se atualiza na dialética de implicação e polaridade de fato, valor e norma e apresenta-se, não só contemporânea, como compatível com a noção de instituições jurídicas tal como foram identificadas pelos romanos e como modernamente são empregadas, isto é, de instituições, modelos ou estruturas jurídicas fundamentais essencialmente dinâmicas.

Diferem fundamentalmente os autores pela própria concepção de instituição e modelo jurídico com que trabalham.

Renner, que adota o modelo jurídico fechado e vinculado ao pensamento marxista e positivista, concebe a função social como fora do âmbito do direito.

Reale concebe os modelos jurídicos abertos e dinâmicos abrangendo em si próprios as alterações do direito enquanto se atualiza.

As profundas mudanças havidas neste século conduzem à necessidade de uma compreensão da experiência jurídica, não só como dinâmica, mas também como autora de mudanças sociais, identificando-se, claramente, as interinfluências de instituições ou modelos e suas fases de formação, formulação como norma e pela função social exercida pela norma em constante interação.

Notas

¹ O pensamento jurídico-filosófico de Miguel Reale está contido em cerca de 30 obras publicadas, das quais

se destacam sua *Filosofia do Direito* (com publicação iniciada em 1953), a obra *Direito como Experiência* (1968), a *Teoria Tridimensional do Direito* (1968), a *Teoria do Direito e do Estado* (1940) e *Lições Preliminares de Direito*, na sua 17ª edição, revisada e atualizada.

² Coelho, Luiz Fernando - Dialética e modelo em Reale. *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo, nº 132, pp.397-423, out./nov./dez., 1983.

³ Carbonier, Jean - Sociologia jurídica. Coimbra, Livraria Almedina, 1979, pp.108-111.

⁴ Renner, Karl - *The institutions of private law and their social functions*. London: *International Library of Sociology and Social Reconstruction*, Karl Mannheim, 1ª public., 1949. Introdução e notas de O. Kahn Freund, p.1.

⁵ Miguel Reale nasceu em 1910, no Estado de São Paulo, filósofo, jurista, catedrático de Filosofia do Direito na USP e antigo reitor dessa Universidade, fundador do Instituto Brasileiro de Filosofia e Diretor da Revista Brasileira de Filosofia, exercendo também a coordenação da Comissão Revisora e Elaboradora do projeto de Código Civil.

⁶ Reale, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo, Saraiva, 1968. O autor já havia apresentado uma comunicação denominada "Para uma teoria dos modelos jurídicos" no Congresso Internacional de Filosofia, em Viena, em 1968, desenvolvendo a matéria significativamente na obra "O direito como experiência", do mesmo ano.

⁷ Reale, Miguel, op.cit. na nota 6, pp.42-43.

⁸ Reale, Miguel, op.cit. na nota 6, p.43.

⁹ Id.íbid. p. 45. O próprio Reale menciona pesquisas anteriores como as de Enrico de Robilant mesmo tendo realizado seus estudos sem delas se valer, uma vez que coincidiram com suas investigações. Menciona igualmente que pesquisas e indagações vinham sendo realizadas sobre "estruturas sociais" por Talcott Parsons e Robert K. Merton, e igualmente destaca o relevo adquirido pela teoria dos modelos nos diversos domínios da epistemologia ou teoria das ciências, como se pode observar em Reale, Miguel - *Nova fase do direito moderno*, São Paulo, Saraiva, 1990, p.163.

¹⁰ Tem-se aí um processo de contínua regeneração e realimentação, de autocorreção face às mutações que ocorrem no plano dos fatos, dos valores e das próprias normas, como se pode ver na obra citada na nota anterior, p.165.

¹¹ Aqui as diversas concepções jusfilosóficas apontam para soluções diferenciadas que vão do estrito apego à norma estabelecida à atuação criadora do intérprete e do julgador.

¹² Coelho, Luiz Fernando - Dialética e modelo em Reale. *Revista Brasileira de Filosofia*. São Paulo, nº132, pp.397-423, out./nov./dez., 1983.

¹³ Reale, Miguel, op.cit. na nota 6, p.161.

¹⁴ Id. íbid., p.162.

¹⁵ Reale, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo, Saraiva, 1986, p.11.

¹⁶ Reale, Miguel. *Direito natural, direito positivo*. São Paulo, Saraiva, 1984, p.47.

¹⁷ Id.íbid., pp.47 e 48.

¹⁸ A visão de Reale, sua dialética aberta representa uma oposição ao positivismo de um lado e ao neotomismo de outro.

¹⁹ Id.íbid., p.42.

²⁰ Reale, Miguel, op.cit. na nota 16, p.42.

²¹ Id.íbid., p.50.

²² Id.íbid., p.51.

²³ Id.íbid., p.51.

²⁴ Reale, Miguel, op.cit. na nota 16, p.56.

²⁵ Karl Renner viveu de 1870 a 1950. Foi presidente da República da Áustria logo após a 2ª Guerra Mundial, Carbonier, Jean, op.cit., pp.100-111.

²⁶ Friedmann, W. *Legal theory*. London, Stevens e Sons, 1960, pp.496 e segs.

²⁷ Ao pressupor as instituições jurídicas como estáticas, Renner, de certa forma, não adere integralmente à tese marxista que atribui à infra-estrutura o fator determinante e que suas mudanças refletem-se obrigatoriamente na superestrutura.

²⁸ Afirma o autor que as instituições legais são neutras, não interessando ao direito a utilização dada pelo particular às mesmas, situando-se os efeitos econômicos e sociais fora do campo do direito.

²⁹ Renner, Karl, op.cit. p.255, e que O. Kahn-Freund ressalta em sua introdução, p.4.

³⁰ Neste ponto, Renner concorda com Savigny e Maine, da escola histórica, todavia por diferentes motivos e fundamentos, como bem observa O. Kahn-Freund em sua introdução à obra de Renner, p.4.

³¹ Renner, Karl, op.cit., introdução de O. Kahn-Freund, p.4 e texto do autor, pp.258 a 260.

³² Renner, Karl, op.cit., ver Introdução de O. Kahn-Freund, p.6.

³³ A concepção da norma como estática hoje não passa de uma ficção.

³⁴ Renner, Karl, op.cit., p.71 e Introdução de O. Kahn-Freund, p.6.

³⁵ Id.íbid., p. 6.

³⁶ Renner, Karl, op.cit., p.73 e Introdução de O. Kahn-Freund, p.6.

³⁷ Não se pode deixar de ter presente a época em que foi escrito o trabalho de Renner, quando ainda era escassa a influência do direito público sobre o exercício do direito privado de propriedade, hoje indissociável das obrigações negativas e positivas decorrentes do conteúdo social que delineia o exercício deste direito.

³⁸ Ver sobre este aspecto os comentários de O. Kahn-Freund à obra de Karl Renner, op.cit. pp.17-18.

³⁹ Renner, Karl, op.cit., Introdução de O. Kahn-Freund, p.25.

⁴⁰ Na verdade, não houve apenas mudança da função social da propriedade, houve, isto sim, uma redefinição de propriedade de acordo com a concepção romana, ou seja, não mais a propriedade de domínio senhorial, dos senhores feudais, que não a exploravam diretamente, à qual se sobrepunha a posse dos vassallos que incluía o uso, desfrute e direito de transmissão aos seus herdeiros, todavia, profundamente vinculadas aos senhores.

⁴¹ Ver análise de O. Kahn-Freund ao trabalho de Renner cit pp. 25-26.

⁴² A constituição de hipotecas especialmente na produção da habitação no meio urbano, o arrendamento rural da propriedade agrícola podem reduzir a propriedade a uma ficção.

⁴³ Ver Friedmann, W. *Legal theory*. London, Stevens e Sons, 1960, p.330.

⁴⁴ Id.íbid., p.330.

⁴⁵ Id.íbid., p.330.

⁴⁶ O mecanismo do capital tornou-se tão refinado que a propriedade corpórea cessou de ser ingrediente essencial.

⁴⁷ Valor inestimável para a vivência jurídica foi efetivamente o fato realizado pelos romanos de extrair e identificar de uma multiplicidade de normas as instituições jurídicas como estruturas fundamentais do direito. Inúmeras obras, que se dedicam ao estudo do direito romano e sua história, atestam isto.

⁴⁸ Renner, Karl, op.cit., Introdução de O. Kahn-Freund, p.11.

⁴⁹ Ver sobre o positivismo científico as lições de Wieacker, pp.491 e segs.

⁵⁰ Não se pode perder de vista a época da formulação do trabalho de Renner, no auge da codificação, sendo, então, compreensível seu apego à estabilidade e imutabilidade das normas.

⁵¹ Renner, Karl, op.cit., Introdução de O. Kahn-Freund, p.2.

⁵² Renner, Karl, op.cit., p.53 *Every legal institution is to a conceptual approach a composit of norms, a total of imperatives*.

⁵³ Renner, Karl, op.cit., Introdução de O. Kahn-Freund, p.3. *"The functional transformation of legal institutions which Renner examines in his work is not - be emphasises it again and again - a transformation of these institutions themselves as part of the positive law"*

⁵⁴ Ver Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*. Lisboa, Fundação Calouste-Gulbenkian, 1980. pp.518 a 521. No ponto de vista de Gierke, todo fenômeno social era potencialmente direito, constituindo a teoria do direito uma teoria social; para Renner o direito se reduz à norma, seus efeitos e funções se realizam fora do direito.

⁵⁵ Ver Renner, Karl, op.cit., pp.55 e 56

⁵⁶ O autor expressamente exclui como ajurídicos os elementos metajurídicos em coerência com seu pensamento positivista-marxista.

⁵⁷ Renner, Karl, op.cit., p.252 "*How does this change of functions come about? We have seen that it proceeds steadily, continuously, imperceptibly, like the growth of grass, according to the law of all organic development. As the process of growth cannot be understood by a glance at the plant, but only by study of the whole successive development from germ to fruit and again to the new germ; so the change of functions can be recognised only at an advanced stage and then only when it has matured*".

Bibliografia

Carbonier, Jean. *Sociologia jurídica*, Coimbra: Almedina, 1979.

Coelho, Luiz Fernando. Dialética e modelo em Reale. *Revista Brasileira de Filosofia* São Paulo: n° 132, pp. 397-423, out./nov./dez. 1983.

Czerna, Renato Cizell. A dialética de implicação e polaridade do criticismo ontogenoseológico. *Revista Brasileira de Filosofia* São Paulo: n° 42, pp.243-255, abr./mai./jun. 1961.

Dujovne, Leon - *La filosofía del derecho* de Hegel a Kelsen, Buenos Aires, Bibliografica Argentina, 1963.

Ferraz Jr., Tércio Sampaio. Algumas observações em torno da cientificidade do direito segundo Miguel Reale. *Revista Brasileira de Filosofia* São Paulo: n° 74, pp. 220-240, abr./mai./jun. 1969.

Ferreira, Pinto. O pensamento jurídico-filosófico de Miguel Reale. *Revista Brasileira de Filosofia* São Paulo: n° 140, pp.386-493, out./nov./dez. 1985.

Friedmann, W. - *Legal theory*. Stevens e Sons, London, 1960.

Legaz y Lacambra, Luis. Dos libros del professor Miguel Reale. *Revista Brasileira de Filosofia* São Paulo: n° 81, pp. 3-8, jan./fev./mar. 1971.

Llorente, Francisco Olmedo. La dialectica de complementariedad en Miguel Reale. *Revista Brasileira de Filosofia* São Paulo: n° 113, pp. 27-38, jan./fev./mar. 1979.

Miguel Reale na UnB: (Conferência e debates de seminário realizado de 9 a 12 de junho de 1981). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

Reale, Miguel. *O direito como experiência*. São Paulo: Saraiva, 1968.

Reale, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. São Paulo: Saraiva, 1968.

Reale, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

Reale, Miguel. *Lições preliminares de direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

Reale, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. São Paulo: Saraiva, 1984.

Reale, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1990.

Renner. *The institutions of private law and their social functions*. London: International Library of Sociology and Social Reconstruction, Karl Mannheim, 1949.

Strenger, Irineu. Contribuição de Miguel Reale à teoria do direito e do estado. *Revista Brasileira de Filosofia* São Paulo: n° 42, pp. 234-247, abr./mai./jun. 1961.

Wieacker, Franz. *História do direito privado moderno*, Lisboa: Fundação Calouste-Gulbenkian, 1980.

As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional: os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial

Trabalho apresentado no seminário sobre "Contratos Internacionais e Mercosul", Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Judith Martins-Costa

Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da UFRGS.

SUMÁRIO

Introdução. I) As Condições Necessárias ao Estabelecimento de Vinculação Jurídica Negocial e Pré-Negocial: a) As Categorias Jurídicas da Proposta e da Aceitação; b) A Relação Jurídica Estabelecida Mediante a Troca de Cartas de Intenção; II) Os Efeitos Decorrentes da Vinculação Estabelecida Mediante a Troca de "Cartas de intenção" a) Cartas de Intenção e Eficácia de Primeiro Grau; b) A Configuração da Responsabilidade Pré-Negocial pela Ruptura Injustificada das Tratativas. Conclusão.

Abstract

Les relations internationales génèrent, actuellement, l'expansion de types et de formes de liens intersubjectifs assez divers par rapport à ceux qui, d'une façon traditionnelle, on désigne "contrat". Aux contrats internationaux précède, habituellement, une période pré-contractuelle où les futurs contractants échangent des documents et se donnent des lettres où sont établis certains points d'accord qui devront être postérieurement ratifiés. Pour les contrats internationaux on utilise, dans cette phase pré-contractuelle, certaines figures juridiques, entre autres les "lettres d'intention", documents destinés à fixer les bases contractuelles avant l'établissement du contenu contractuel intégral. La question qui se pose est, donc, de déterminer si les "lettres d'intention" génèrent - et, si génèrent, sous quel fondement - des liens juridiques d'obligation entre les parties, vue la distinction entre ces lettres et le pré-contrat. Cet étude se divise, ainsi, en deux parties: dans la première on analyse les conditions nécessaires à l'établissement des liens juridiques contractuels; dans la deuxième, en s'appuyant sur le droit comparé, on examine les effets du lien établi travers le changement de lettres d'intention.

Introdução

Quem observar o que ocorre atualmente na prática do comércio internacional perceberá a expansão de tipos e formas vinculativas em tudo e por tudo diversas daqueles que poderiam ser agrupados sob o conceito tradicional de *contrato* - tal como advindo, este, do modelo posto pela Codificação do século XIX - ao ponto de a doutrina apontar à visualização de uma nova *lex mercatoria*¹ a conformar regras e a criar modelos jurídicos à margem do direito posto pelo Estado.

Por estas razões, o exame dos contratos internacionais não pode restar reduzido, como quer certa doutrina, apenas aos pontos tradicionalmente demarcados pela disciplina do Direito Internacional Privado, vale dizer, a sua relação à determinada ordem jurídica estatal ou interestatal ou ao critério meramente formal ou externo da internacionalidade. Isto porque, no quadro atualmente delineado, os contratos internacionais não se alocam apenas como relações de intercâmbio fundamentadas numa determinada noção de contrato que não é mais do que a de um contrato *comum* afetado pelo problema da estraneidade - exame para o qual bastaria determinar qual a lei aplicável

à sua regência² - colocando, ao contrário, problemas de natureza mais complexa.

Com efeito, a análise do contrato internacional, em especial a de seu *processo formativo*, a partir de uma perspectiva excludente teria o defeito de - a par de descurar o exame dos aspectos *substanciais* do vínculo contratual operado em escala internacional - sobrevar os dados, já por si complexos, da internacionalização econômica, jurídica e ideológica, de ignorar as singularidades do instável meio ambiente onde alocados tais ajustes, de esquecer a originalidade de seu próprio *objeto* - o qual abrange o vastíssimo campo das operações de troca, de concessão de financiamentos, do intercâmbio tecnológico, dos serviços e da produção - e, bem assim, as peculiaridades de suas *partes* - além dos simples particulares, os Estados, entidades públicas, grupos multinacionais, empresas bi ou multinacionais³.

As questões aí envolvidas, para além do campo específico do Direito Internacional Privado ou do Direito dos Negócios propõem à Teoria Geral do Direito Privado renovadas indagações acerca do que se convencionou chamar de *teoria das fontes*, porquanto conduzem à constatação da formação, em muitos casos, de *vinculação jurídica* cuja gênese ancora em direitos de formação não-estatal e de moldura não - ou ainda não - positivada.

Sabe-se que pelos menos uma (e talvez a principal) razão do desenvolvimento de tais figuras radica na necessidade, constatada agudamente nas relações internacionais, de ser mitigada a excessiva presença do Estado legislador, de modo a permitir a regulamentação autônoma das atividades econômicas privadas. A dinamização na escolha de soluções adequadas ao enfrentamento das questões postas diariamente pela prática dos negócios ditaria, por isso mesmo, as novas normas que se formam paralelamente às regras do *corpus* legislado em cada ordem estatal e mesmo das normas supranacionais.

No âmbito do direito dos contratos, como em nenhum outro, se percebe, portanto, uma nova realidade cuja análise requer a referência, ainda que preliminar, a

alguns dos postulados advindos da teoria geral das fontes do negócio jurídico como marcos fixadores do instituto.

Tradicionalmente se tem por assente que os contratos - espécie por excelência do gênero *negócio jurídico* - se formam pelo encontro de duas declarações de vontade, uma que *oferta*, outra que *aceita*, ambas definidas sobre os "elementos" do negócio, as quais, expressando *consentimento*, se entrosam e entram no mundo jurídico de forma *imediata*⁴.

Esse esquema, facilmente caracterizado quando se trata das simples relações de troca, cotidianamente operadas, se mostrará todavia menos claro nas ocasiões em que o objeto de exame constituir uma relação jurídica que não suceda, abruptamente, ao *nada jurídico*, vale dizer, nas situações em que à conclusão do negócio anteceder uma longa *fase preparatória*⁵ ou um complexo *processo genético*⁶, como comumente ocorre na negociação internacional.

O que significa este período preparatório, habitualmente complexo, onde as partes, desejando futuramente contratar, trocam cartas, emitem telex, telefax, telefonemas, estabelecem previamente pontos parciais do acordo a serem posteriormente ratificados? Estará tal período submerso no limbo de *não-Direito* de que tratam os sociólogos?

Assinala com pertinência Guido Alpa que os vínculos estabelecidos nessa fase, alocados "antes" ou "ao lado" dos contratos propriamente ditos, se inserem na tendência, observada nas relações comerciais, de conferir valor jurídico aos chamados *contatos* - tratativas, protocolos, *pourparlers*, negociações preliminares, *instructions to proceed*, cartas de intenção, *gentlemen's agreement* e outros - figuras ou meios de viabilização da circulação econômica de bens que têm como efeito, para o que aqui concerne, o aumento de deveres a cargo dos envolvidos e o conseqüente estabelecimento, *pari passu*, de novos tipos de garantias⁷.

Aos juristas, além do exame dos motivos de tal fenômeno, se põe a questão de saber se essas novas figuras conduzem a uma verdadeira *vinculação jurídica*, mesmo que ainda em estado embrionário⁸, dotadas, portanto,

da eficácia e coercibilidade próprias à instância do mundo jurídico ou se os seus efeitos estão, ao contrário, confinados tão-somente ao universo dos princípios morais, das promessas sem valor jurídico *para as quais a violação não conduz necessariamente à sanção*⁹.

Por isto mesmo, nos diferentes sistemas jurídicos se observa atualmente, a par da extrema atenção, a fase que precede à conclusão do contrato e aos diferentes meios encontrados para garantir as obrigações assumidas, o debate acerca dos *diferentes graus de eficácia* dessas figuras.

A questão subjacente ao presente estudo consiste, pois, na fixação do *momento* em que se verifica a vinculação jurídica de índole obrigacional, discernindo-a daquela caracterizadamente *negocial*. Do seu estabelecimento defluirá, por conseqüência, o exame dos *efeitos* decorrentes da vinculação estabelecida no período preparatório ou antecedente à formação do vínculo contratual no âmbito dos negócios internacionais, examinando-se aí a *responsabilidade pré-negocial*.

① As condições necessárias ao estabelecimento de vinculação jurídica negocial e pré-negocial

Se o contrato é, segundo repetida lição, o acordo entre duas ou mais declarações de vontade, opostas e convergentes, para a produção de efeitos jurídicos¹⁰, será possível afirmar a existência de efeitos jurídicos *antes* de existir contrato?

Para a resposta a esta indagação será necessário saber como atualmente a doutrina e a jurisprudência tratam a questão, isto é, se consideram - como os juristas do *ius commune* e os praxistas do século XVII - que as promessas e os tratos anteriores à conclusão do acordo são meros *pacta nuda*, desprovidos de ação¹¹ - ou se, superando tal entendimento, admitem o reconhecimento de certos *degraus de eficácia* ainda enquanto o negócio não se concluiu. Será conveniente, para tanto, referir brevemente os pressupostos da vinculação negocial (a) para exami-

nar, após, a natureza da relação que decorre das tratativas, em especial da troca de cartas de intenção (b).

② As Categorias da Proposta e da Aceitação

Não se discute que, nos negócios jurídicos há, sempre, manifestação ou declaração de *vontade*, por vezes considerada "elemento" do negócio¹², por vezes tida como sua "gênese"¹³, sendo habitualmente sublinhado o seu papel no que concerne à distinção entre os negócios jurídicos em geral e os demais atos jurídicos do tipo principal de negócio - o *contrato* - cujo conteúdo se tem como fixado precisamente por ela¹⁴.

É também consabido que, quando essa declaração de vontade deve dirigir-se a alguém, que a recebe, diz-se *vontade receptícia*, o elemento "recepção" sendo essencial à *eficácia* da declaração porque é justamente o que vai "colar" no negócio as duas declarações - a que oferece, ou propõe, e a que aceita¹⁵, de modo que é pela proposta que a vontade alcança o outro pólo da relação jurídica. Por isso, aliás, bem critica Pontes de Miranda os que afirmam que, pelo fato de a proposta poder não ser aceita - perdendo então a *eficácia* - não constitui, a mesma, negócio jurídico: pelo contrário, esclarece, mesmo *antes* da aceitação, a oferta válida entra no mundo jurídico, tanto que pode ser revogada¹⁶.

Todavia, como a formação do negócio jurídico exige que as duas declarações de vontade se soldem, bilaterizando a relação, os efeitos jurídicos se operam nas duas esferas: quem aceita também exprime vontade, uma e outra devendo ser convergentes quanto aos efeitos buscados. Daí porque no suporte fático do negócio jurídico bilateral dever haver a coincidência de vontades: esta ocorrendo, o ato existindo e sendo válido o negócio bilateral se forma e entra no mundo jurídico ocorrendo precisamente neste momento a *vinculação negocial* que dá vida ao contrato¹⁷. A aceitação jurídica é, pois, o ato que, encontrando a oferta, por a ela corresponder, tem por efeito dar nascimento ao contrato.

Diversamente, se se tratar de proposição a que falte tal *susceptibilidade de ser aceita*¹⁸, não há proposta no sentido jurídico. Assim, se alguém propõe a aquisição de um bem mas omite a referência ao preço a pagar, não há, rigorosamente, "oferta". Poderá aí estar configurado um *trato* ou uma "proposta a receber proposta". Todavia, embora não se configure, nesse estágio, *vinculação contratual*, remanesce ainda parte da questão preliminarmente posta: as proposições realizadas por figurantes de um futuro contrato conduzem, ou não, a certo tipo de *vinculação jurídica*?

Do extenso rol das figuras habitualmente utilizadas na fase preparatória no comércio internacional, se observará, através do exame das *cartas de intenção* a ocorrência, ou não, do vínculo.

b) *A relação jurídica de trato estabelecida mediante a troca de cartas de intenção*

As dificuldades que se põem no mundo dos negócios internacionais à conclusão de um contrato¹⁹ decorrem dos mais variados fatores: as oscilações cambiais, a modificação, por vezes brusca, nas políticas nacionais, vicissitudes de ordem estritamente política - interna e externamente consideradas - fatores econômicos os mais diversos, constituem óbices para cuja superação as partes de valem, no período da negociação, da troca de correspondência²⁰ mediante a qual vão concertando, paulatinamente, o futuro negócio. Em especial as relações comerciais operadas em espaço político não-homogêneo, e em presença de uma ordem jurídica e econômica não-unitária, requerem dos juristas e negociadores um grande esforço de consolidação dos pontos já acordados ou em vias de acordo e, portanto, o período da negociação é marcado pela redação e troca de documentos onde é necessário demarcar com precisão a *significação* e o *valor jurídico* de tais documentos, para evitar conflitos futuros.

No entanto, nem sempre tal precisão se verifica. A expressão "cartas de intenção" ou "cartas de princípios" denota uma variada

gama de acepções, podendo ser concebida como a) meio de comunicar informações; b) meio para disciplinar as fases do processo de negociação; c) memorando acerca de pontos já fixados entre as partes²¹ ou, ainda, d) o próprio contrato já perfeito e concluído, considerado "falsamente" como carta de intenção²².

A função primordial desses instrumentos, extremamente difundidos no âmbito do direito dos negócios por influência do sistema da *common law*, consiste na utilidade de serem fixados pontos ou "partes" sobre os quais os futuros contratantes já entraram em acordo, evitando-se a vinculação direta e definitiva a um arranjo de interesses que ainda é precário, isto é, não definitivo, porquanto as partes, nessa fase, ainda não dispõem de todos os dados necessários ao alcance da *determinabilidade integral* do conteúdo do contrato: a sua utilidade provém, por exemplo, da possibilidade que assegura ao destinatário de obter prioridade em financiamentos concedidos por terceiros ou em instituições oficiais²³.

O que ocorre, na verdade, é a modernização da antiga *punctuação* mediante a sua inserção na chamada "formação progressiva" do contrato. Todavia, não se está, ainda, diante do *pré-contrato* ou *contrato preliminar* figura, como se sabe, de cunho nitidamente contratual, resultante do acordo de vontades para a produção de efeito jurídico determinado, o qual é, justamente, o de *criar obrigação de fazer*, vale dizer, a obrigação de contratar²⁴.

Conhecido sob várias denominações no direito comparado - *Vorvertrag*, *contratto preliminare*, *avant-contrat*, *contrato preliminar*²⁵ - o pré-contrato tem por escopo conduzir à conclusão de um segundo contrato, dito "definitivo". Por isto, a responsabilidade que decorre da lesão ao pactuado é nitidamente, *responsabilidade contratual*, na medida em que as partes, ou ao menos uma delas, contraiu a obrigação de, no futuro, firmar o contrato definitivo²⁶.

Por estas razões a distinção entre as duas figuras - pré-contrato e cartas de intenção - é tão relevante quanto tormentosa: os efei-

tos de um e de outro serão completamente diversos, mas, em grande parte dos casos, só o exame da situação concreta permitirá a correta qualificação.

Em linhas gerais, é possível afirmar que as cartas de intenção não constituem, em regra, obrigação de fazer, de concluir contrato. Tanto é assim que habitualmente se fazem acompanhar da expressão "sem compromisso" ou "sujeito a confirmação". Nestas circunstâncias *não há proposta no sentido jurídico, porque no suporte fático não entra a vontade de produzir efeito de vinculação*, devendo, contudo, a qualificação jurídica adequada ser aferida após o exame punctual dos termos do documento, porquanto se definidos *res, pretium e conditiones* poderá configurar-se o contrato, *ex vi* dos artigos 191 do Código Comercial Brasileiro e 639 do Código de Processo Civil: nessa matéria, como bem afirmou o Ministro José Carlos Moreira Alves em acórdão conhecido, de pouco importa o *nomem juris* dado pelas partes - simples minuta, carta de intenções ou carta de princípios - na medida em que *se se passa uma minuta completa sobre todos os pontos do contrato, ao menos sobre todos os pontos principais, podendo os outros ser supridos por disposições legais, e as partes a aprovam, e se, de acordo com a lei ou a vontade das partes não tenha que ser dado ao contrato forma ad solennitatem, firma-se entre eles vínculo obrigatório*²⁷.

Como se pode observar, a grande dificuldade está em verificar se a carta de intenção, por seu texto, exprime a intenção de concluir contrato ou se o seu conteúdo já é bastante para formá-lo.

Alguns sistemas jurídicos, como o inglês, contêm regra no sentido de que prevalece, sempre, a vontade das partes, de maneira que, consignado no acordo que o mesmo não tem efeito obrigacional, os Tribunais hesitam em reconhecer um poder de obrigar que as próprias partes não reconheçam. Todavia, embora a intenção de criar vinculação jurídica dependa da vontade das partes em admitir ou excluir o caráter obrigacional das afirmações trocadas, pode a mesma restar deduzida da "suficiência objetiva" do acordo concluído, desde que o mes-

mo seja completo (ou "suficientemente" completo), digno de ser protegido e "suficientemente inteligível"²⁸.

Assim ocorreu num caso judicial considerado verdadeiro *leading case*, o já clássico acórdão proferido no caso *Rose and Frank versus Crompton Bros*, de 1923: os demandantes, ingleses, haviam firmado com os demandados, norte-americanos, um acordo, por carta, pelo qual os ingleses enviariam à América estoques de papel pintado. No acordo, denominado *intent letter*, estatua-se que as partes não pretendiam, de forma alguma, vincular-se juridicamente. Todavia, em decorrência da carta, foram enviadas três remessas de papel, que os norte-americanos retiraram do porto e venderam aos seus clientes. Instados a pagar, refugiaram-se na cláusula do acordo que o declarava não-obrigatório. Decidiu o Tribunal que, na espécie, uma ordem executada constituía *um perfeito contrato de venda*, reconhecendo efeitos contratuais²⁹.

No direito norte-americano, diferentemente, os Tribunais controlam a intenção das partes³⁰: se estas excluem a intenção de criar vínculos contratuais, os juízes respeitam essa intenção. É que é incisiva, naquele país, a fórmula de que o contrato é uma operação de *self-government*, fórmula esta indicativa da consideração da iniciativa contratual como um instrumento de tráfico de riqueza em função do livre jogo da autonomia privada - *freedom of contract* -, ao qual corresponde uma carga de riscos em princípio infensa aos mecanismos de redistribuição dos riscos.

Como consequência, as partes podem romper as tratativas sem restarem submetidas a um juízo de responsabilidade pelos danos eventualmente causados pelo rompimento³¹. Inadmitte-se contudo, pelas regras da *equity*, um comportamento contrário aos próprios atos. Neste particular as regras da *estoppel*, embora constituam regras de prova, alcançam a proteção da confiança na declaração de vontade: o declarante resta *estopped*, por uma presunção absoluta, para impugnar as declarações inequívocas que decidiram a outra parte a concluir o contrato³².

Na venda internacional de mercadorias (bens-móveis), alguns traços do sistema civilista contagiam essa matéria. A Convenção adota, por exemplo, o sistema civilista da oferta e não utiliza a noção de *consideration* como critério do caráter executório da proposição de contratar³³, restando afastada, pois, neste particular, uma peculiaridade do sistema da *common law* em matéria contratual³⁴.

Observa-se, pois, que nas relações comerciais, de forma especial naquelas operadas a nível internacional, o formalismo e a fechada definição de "tipos" jurídicos constituem espécimes em extinção³⁵. O renascimento da *lex mercatoria*, por seu turno, conduz a uma série de debates ancorados em razões de fundo político, na medida em que a recusa ao chamamento das regras seguras do direito estatal poderia conduzir ao predomínio da "lei das multinacionais". Todavia, bem observa Bruno Oppetit, que, se não mitificada também a *lex mercatoria*, isto é, se não for considerada ela própria um sistema jurídico completo, suficiente *per se*, absorvente dos princípios do direito internacional privado e se, ao contrário, for a mesma alocada em seu próprio terreno - que é o da juridicidade e o da teoria das fontes do direito - não haverá porque considerá-la sob a perspectiva de um positivismo estatal ultradogmático: neste campo, a perspectiva do *pluralismo jurídico* tem um importante papel a desempenhar, de modo que o processo formativo da contratação internacional obedecerá aos usos³⁶ cuja realidade é atestada pelos práticos e pelas autoridades, corporativas ou jurisdicionais, do comércio internacional e, inclusive, dos Estados envolvidos³⁷.

Os usos comerciais em vigor atestam, em paralelo, ao fenômeno do declínio do formalismo, a planificação progressiva das relações contratuais fundadas no *dever de agir com boa-fé e correção*³⁸, o qual constitui princípio jurídico fundamental, esteja posto de forma explícita ou implícita nos ordenamentos³⁹. Em matéria de venda internacional de bens móveis, a própria Convenção de Viena contém diretiva de interpretação

que remete diretamente ao *standard* do comportamento conforme à boa-fé⁴⁰.

É justamente o princípio da boa-fé, perspectivado em sua feição *objetiva*, como convém ao campo das relações de direito obrigacional que, em certas hipóteses, imporá às partes que pretendem concluir contrato - e, por isso desenvolvem tratativas - uma série de deveres situados ainda no campo pré-negocial. Para assinalar tais deveres, parece relevante examinar, inicialmente, os efeitos jurídicos que possam decorrer da troca de cartas de intenção.

II) Os efeitos decorrentes da vinculação estabelecida mediante a troca de cartas de intenção

Dos diferentes planos através dos quais podem ser examinados os atos jurídicos - o da sua existência, validade e eficácia - somente este último pode ser mensurado por graus. Há, portanto, eficácia plena, que diz respeito à integralidade dos efeitos decorrentes de um negócio jurídico⁴¹ e uma *eficácia de primeiro grau*⁴², que surge mesmo se o negócio enquanto tal não se concluiu.

Essa produção de efeitos parciais não deriva da vontade humana, mas encontra fundamento na incidência de princípios jurídicos de *valor*, considerados fundamentais. No direito das obrigações, tais efeitos decorrerão em especial da incidência do princípio da boa-fé, em atenção à tutela da confiança, de onde decorrem os deveres de agir com lealdade e de respeito aos usos do tráfico jurídico. Serão examinados, portanto, à luz deste princípio, os efeitos que decorrem do fato da dação de cartas de intenção (a) e os casos em que a interrupção das tratativas negociais pode resultar em responsabilidade civil (b).

a) Cartas de intenção e eficácia de primeiro grau

Inspirada em fontes e elementos alcançados pela Sociologia, vem a melhor doutrina procurando desenhar *fattispecie* o mais pos-

sível abrangente no que concerne ao fenômeno do nascimento de direitos e deveres, de modo a situar ponto geral suscetível de englobar unitariamente os efeitos de direito e suas fontes: daí decorre a proposição da categoria dogmática do *contato social*⁴³, a qual adota, como ponto de referência, as categorias sociológicas da *proximidade* e da *distância* - tratadas na Teoria da Associação - para, mediante o escalonamento *os graus de contato que se formam na vida social*, mensurar os efeitos de direito decorrentes desse contato.

Segundo tal teoria, o contato mais distante é o mero fato de viver em sociedade, em "associação". O grau mais próximo é justamente o *contrato, forma voluntária, qualificada do contato social*⁴⁴. Entre esses dois pontos se verifica uma série de graus intermediários de contato, ocorrendo entre todos os graus, uma certa unidade, geradora de efeitos também, e proporcionalmente, mensuráveis por graus, os quais se refletem no *iter* formativo da relação jurídica obrigacional. Para que esta se crie e se desenvolva, as pessoas entram em contato, vale dizer, se relacionam e, na medida em que esta relação é reconhecida pelo direito, se transforma em relação jurídica, esteja em sua base atos jurídicos lícitos ou atos ilícitos ou o simples *fato* de se estabelecer a relação.

O "contato" mantido na fase pré-negocial dá lugar à formação de um vínculo que não é igual àquele decorrente do simples fato de viver em sociedade. Como bem refere Mota Pinto, "*entrando em negociações, sai-se do círculo dos deveres gerais humanos para penetrar no mundo dos direitos relativos*"⁴⁵. Entra-se, portanto, no espaço das relações obrigacionais uma vez considerado que, "*ao lado das obrigações que entroncam numa vontade real de certos efeitos (negócio jurídico), ou numa vontade normal (quase negócio jurídico), ou que resultam dum facto ilícito, outras há, que a lei estabelece para a tutela de interesses públicos relevantes sem curar da intenção dos particulares*"⁴⁶. Justamente aí se aloca a *proteção da confiança de cada uma das partes nas proposições da outra*, a qual resta situada como "*sub-tracto teleológico da eficácia ex lege*"⁴⁷.

Como se observa tais relações, não sendo idênticas aquelas que defluem do simples fato de viver em sociedade, também não o são tipicamente negociais, porque a ordem jurídica poderá prescindir de considerações acerca da volição dos particulares. Constituem, pois, "relações contratuais fáticas" ou "atos existenciais"⁴⁸, os quais podem restar caracterizados em período anterior ou mesmo indepedente da celebração de qualquer negócio jurídico, como ocorre no caso da responsabilidade pré-negocial⁴⁹.

Como é intuitivo, tal concepção se vincula à visualização da relação obrigacional como um *processo*, um suceder de fases ou planos polarizado pelo adimplemento⁵⁰, um vínculo dinâmico, portanto, que não se esgota na mera soma de suas obrigações principais - o crédito e o débito - mas que se expande inclusive às fases prévias à avença e pós-extintiva, em razão, particularmente, da incidência do princípio da boa-fé objetiva em tanto que matriz de deveres de conduta que atingem ambos os partícipes da relação⁵¹.

Nesta perspectiva, muito embora a troca de cartas de intenção não gere vinculação *negocial* - porquanto ainda aí não configuradas proposta e aceitação - podem, as mesmas, restarem situadas como fontes de vinculação jurídica *obrigacional*, gerando, portanto, *deveres*⁵² e *responsabilidades*: somente quando se têm presentes a concepção dinâmica da relação obrigacional e a força da incidência do princípio da boa-fé objetiva será possível compreender a relevância, para a dogmática obrigacional, da noção de *contato social* como fonte genérica de deveres que se alocam nos planos pré e pós-obrigacional⁵³.

Entre os deveres que defluem do princípio da boa-fé objetiva, está o da manutenção de um comportamento leal e coerente - o que implica a aplicação da máxima - *venire contra factum proprium* - o de informar com correção e a rejeição do abuso de direito, implicando a boa-fé objetiva cabal limitação do exercício de direitos abusivos, os quais, entre nós, contrariam inclusive o va-

lor maior da solidariedade da vida social (Constituição Federal, art. 3º, I).

Na fase prévia à da efetiva constituição da avença a boa-fé fundamentará o instituto da *responsabilidade pré-negocial* - feição atual da antiga teoria da *culpa in contrahendo*⁵⁴ -, campo de particular relevância nos contratos internacionais em razão, justamente, do longo processo formativo que costuma caracterizar tais negócios: a ruptura das tratativas, consubstanciadas mediante a troca de cartas de intenção e acordos preliminares, pode conduzir ao dever de indenizar o participante das negociações pelas despesas realizadas em função da *expectativa legítima* em concluir o contrato. Do mesmo modo conduzir ao dever ressarcitório o fato de um dos partícipes da relação pré-negocial não informar com correção sobre pontos relevantes à conclusão do futuro contrato.

b) A Configuração da Responsabilidade Pré-Negocial

Como assinala Marina Arietti ao indicar os mais valiosos estudos produzidos na Itália, França e Alemanha nos últimos dez anos acerca da responsabilidade pré-contratual ou pré-negocial, o período que vai do início da década de 80 aos nossos dias se caracteriza por um renovado interesse da matéria⁵⁵ tratada pioneiramente por Jhering em ensaio célebre⁵⁶. Hoje se compreende que o instituto tem um alargado campo⁵⁷, estendendo-se a responsabilidade para além da hipótese do dever de declarar as causas de invalidade do futuro contrato⁵⁸, para abranger, também, danos decorrentes do processo formativo por infringência aos deveres de *comunicação* ou *informação*, de *custódia*, de *segredo* e os de *conservação*⁵⁹ e ainda as situações em que não se tenha celebrado nenhum negócio por ruptura da fase negociatória ou decisória⁶⁰.

Com efeito, em tema de recesso na fase das tratativas negociais constitui, na Itália, "*opinião generalizada que do dever pré-contratual de boa-fé decorre a obrigação de não interromper as negociações preliminares sem justa causa*"⁶¹, firmando-se a jurisprudência no

sentido de que, para surgir a responsabilidade pré-negocial, é necessário a razoável confiança da parte - isto é, do participante nas tratativas - na futura conclusão do contrato, a ausência de um *justificado motivo* para a ruptura e o dano decorrente da interrupção das negociações⁶², motivo este a ter o seu qualificativo averiguado sempre nas *concretas circunstâncias do caso*⁶³.

A questão da indenizabilidade do dano decorrente da interrupção das tratativas coloca importante tema de reflexão que adentra o campo da política do direito, e que é o de saber até que ponto o princípio da autonomia ou liberdade contratual - que justificaria a decisão de não contratar, isto é, de interromper as tratativas - estaria sendo ferido. Argumenta-se, em favor da indenizabilidade do dano, que a garantia de um indiscriminado poder de interromper as tratativas acabaria por privilegiar os que operam no mercado de modo desleal ou pouco racional⁶⁴, questão que se coloca com particular agudeza no mercado internacional em razão de suas implicações políticas, para além das econômicas. No entanto, o exercício da liberdade que se traduz na ruptura das tratativas pode, efetivamente, causar dano ao partícipe por privá-lo de ganhos legitimamente esperados, ocasionando, ainda, o prejuízo pelas despesas já realizadas em função do futuro contrato, o que conduz diretamente à violação da *justiça substancial*.

Hoje se sustenta, em oposição ao modelo restritivo dos códigos oitocentistas, a conveniência da utilização de expressões - ditas "cláusulas gerais"⁶⁵ - onde se possa considerar admitida a garantia da boa-fé objetiva dos futuros contraentes na fase ante-negocial⁶⁶: as codificações mais recentes, tais como o já citado Código Italiano (art. 1337 e 1338), o Código Civil Português (art. 227, nº 1), o Código Grego (arts. 197 e 198) e o Projeto de Código Civil Brasileiro (arts. 421 e 422) incluem tais disposições⁶⁷.

Por isso, nos diferentes sistemas jurídicos observa-se a intervenção do direito na relação pré-negocial a fim de salvaguardar a harmonia entre o princípio da liberdade e

o da tutela da confiança legítima⁶⁸. Mesmo na ausência de regras codificadas, cada ordenamento exprime semelhantes *linhas de tendência*⁶⁹ às quais subjaz a consideração que o controle das tratativas, baseado na tutela da confiança e dos deveres de comportamento que integram a disciplina normativa considerada em suas finalidades, se impõe à verdadeira "mística" da autonomia privada segundo a qual o rompimento das negociações não constituiria mais do que o exercício de direito potestativo não sindicável pela autoridade pública⁷⁰.

Mesmo na tradição da *common law*, onde vige com acentuada força, como acima visto, a fórmula do *self-government* em matéria contratual, certas regras, fundadas no dever de negociar *in good faith* conduzem a resultados semelhantes aos alcançados nos sistemas civilísticos pela doutrina da *culpa in contrahendo*. Em trabalho famoso, Friederich Kessler e Edith Fine demonstraram como as noções de boa-fé e os usos do tráfico leal ("*good faith and fair dealing*") afetam as negociações preliminares através das doutrinas da *negligence*, *estoppel* e da *implied contract*⁷¹. Estudos mais recentes têm se ocupado especificamente da questão da *pre-contractual liability* no direito norte-americano e discutido as suas bases, seja nas teorias do injustificado enriquecimento (*unjust enrichment*), erro na representação (*misrepresentation*), promessa específica (*specific promise*) seja na existência de um dever ou de uma obrigação geral de conduta (*general obligation*) fundada na boa-fé, como consta especificamente de regras postas no *American Uniform Commercial Code* e do *Restatement (Second) of Contracts*⁷².

Similar panorama pode ser observado na Inglaterra, onde as normas referentes à responsabilidade pré-negocial resultam da confluência de regras de *common law*, *equity* e dos *statutes*. Mesmo em caráter excepcional, aceita-se, em determinadas circunstâncias, a configuração da responsabilidade ainda que às negociações não tenha se seguido o contrato⁷³.

Foi, no entanto, nos sistemas civilísticos que a doutrina melhor se desenvolveu. No

Código Civil Alemão inexistia norma similar à do citado art. 1337 do Código italiano. Mesmo assim, certas regras de direito obrigacional dão suporte ao desenvolvimento de um amplo quadro de responsabilidade pré-negocial⁷⁴, deduzindo a jurisprudência uma "relação obrigacional autônoma", complementar ao direito escrito, que decorre da "*força compromissadora do contato social, de uma responsabilidade por confiança iludida, ou de uma relação obrigacional sem obrigação primária de prestação*"⁷⁵. Isto porque considera-se que, em matéria de direito de dano, é imprescindível o "*exame dos fins do complexo normativo da lei*"⁷⁶.

Por estes caminhos, embora não reconheça o BGB uma proposição jurídica genérica no sentido de que a mera entabulação de relações contratuais fundamenta obrigações de proteção em favor do parceiro das negociações, se admite que "*mesmo sem uma base legal positiva é de reconhecer-se que, segundo a boa-fé, o parceiro contratual, também antes da celebração do contrato, tem uma posição diferente daquela do quivis ex populo, cujos bens jurídicos os parágrafos 823 e ss. protegem*"⁷⁷. A natureza da responsabilidade é, contudo, considerada contratual porquanto assim se pretende conferir maior garantia ao lesado, - embora boa parte da doutrina venha acenando à configuração de um terceiro gênero de responsabilidade, independente dos dois gêneros tradicionais.

Na França, carente o Código Civil de norma com a amplitude da cláusula geral contida no artigo 1337 do Código Civil Italiano⁷⁸ a ruptura injustificada das negociações ocasiona, ainda assim, responsabilidade civil indenizável sob a forma da responsabilidade delitual, podendo o dano ser caracterizado, inclusive, pela *perda de uma chance*, vale dizer, pela perda de outras ocasiões de concluir contratos similares ou complementares ou pela não-realização dos benefícios que haviam sido procurados no contrato não realizado⁷⁹.

No sistema do Código Civil português tais casos são regulados, também sob a forma da responsabilidade delitual, pelo artigo 227, explicitamente fundado, como se viu,

no dever de agir segundo a boa-fé⁸⁰ aplicando-se a esta responsabilidade, na forma do artigo 45, a lei do Estado de onde decorreu a principal atividade causadora do prejuízo ou, em caso de responsabilidade por omissão, a lei do lugar onde o responsável deveria ter agido. Na hipótese de a lei do país onde ocorreu a atividade não o considerar responsável, e assim considerar a lei do Estado onde produzido o efeito lesivo, esta última será então a aplicável (art. 45, segunda alínea).

O fundamento das regras postas no Código português reside nos cânones da lealdade e probidade, tutelando-se "diretamente a fundada confiança de cada uma das partes e que a outra conduza as negociações segundo a boa-fé"⁸¹, considerando-se, para tal que "o alicerce teleológico desta disciplina ultrapassa a mera consideração dos interesses particulares em causa" porquanto "avulta, com especial evidência, a preocupação de defesa dos valores sociais e da facilidade do comércio jurídico"⁸².

Na Argentina, a vigente redação do art. 1.198 do Código Civil permite concluir pelo acolhimento expresso do princípio da boa-fé. Tanto é assim que decisão de 1986 da *Camara Nacional de 1º Civil*, de Buenos Aires sustenta que "a boa-fé, princípio superior e geral de todo o ordenamento social e jurídico organizado, deve alocar-se como valor fundamental na hierarquia dos valores jurídicos" (de modo que) "essa diretiva impõe aos sujeitos o dever de proceder, tanto no desenvolvimento das relações jurídicas como na celebração, interpretação e execução dos negócios jurídicos, com retidão e honradez"⁸³.

Assinala, neste particular, Carlos Alberto Gherzi que este artigo, juntamente com o artigo 902 do mesmo Código, constituem normas que permitem ao jurista analisar a conduta das partes antes, durante e depois do acontecimento dos atos ou fatos jurídicos e das relações emanadas, assim como as circunstâncias fáticas que os rodearam⁸⁴. Uma das consequências da incidência do princípio na relação obrigacional perspectivada como um processo - perspectiva também acolhida doutrinariamente naquele sistema jurídico⁸⁵ - está, justamente, em que "na

*retirada intempestiva dos tratos preparatórios ou a formação de qualquer ato jurídico, a parte (oferta) ou as partes (preliminares do contrato) devem conduzir-se com a diligência e a consideração que é de ser esperada segundo a boa-fé que deve reinar nas negociações*⁸⁶.

No sistema do direito comum brasileiro a responsabilidade pré-negocial segue, como na maioria dos sistemas jurídicos, o modelo da responsabilidade delitual. Embora não especificamente regulada no Código Civil⁸⁷, entende-se que o instituto encontra ampla guarida na cláusula geral do art. 159 do Código Civil⁸⁸, indenizando-se os gastos feitos para a realização do negócio⁸⁹.

Contudo, para além da discussão acerca da natureza da responsabilidade - se constituiria, ou não, um *tertium genus* ao lado da responsabilidade contratual e da extracontratual - o certo é que, entre nós, não se pode falar em "responsabilidade derivada de lesão a contrato" se ainda não se formou o contrato. Por igual não se deve imaginar uma suposta "pré-eficácia" do contrato, pois este ou se concluiu pela colagem das declarações de vontade negocial ou não se concluiu: o que há, na fase das tratativas, é *relação jurídica de trato* e o dever jurídico - conectado à responsabilidade - é o dever de agir conforme a boa-fé, o qual decorre da jurisdização de valores éticos incorporados pelo ordenamento em matéria obrigacional.

Conclusão

No universo das relações comerciais, o qual se espalha em uma economia fundada no crédito, onde a moeda é um valor marcado pela instabilidade e as regras econômicas se interacionam diretamente com as vicissitudes da ordem política, a atuação dos que se envolvem em negociações visando a contratar, requer o estabelecimento de um padrão mínimo de previsão e segurança que permita a planificação das operações negociais.

A feição hoje requerida à teoria das fontes das obrigações e o reconhecimento dos efeitos de direito que decorrem do vínculo obrigacional se encontram, em inúmeras si-

tuações, constrangidos pelas ultrapassadas amarras de um modelo proposto e construído para a utilidade de uma organização social em tudo e por tudo diversa da nossa: o século XIX, onde finalizada a elaboração dos grandes modelos jurídicos incorporados pelos códigos foi marcado pela riqueza fundada na propriedade imobiliária, pela nacionalização da economia, pela estabilidade da moeda e pela quase intransponível cisão entre Estado e Sociedade, Direito e Moral. Mostra-se, por isso, mais do que conveniente o endosso à doutrina dos mais diferentes países que vem propondo o deslocamento do eixo central da teoria das obrigações da tutela da vontade à tutela da confiança.

A par das singularidades contidas nos diferentes ordenamentos nacionais e mesmo para além das convenções que estabelecem, em certos setores, regras uniformes, observa-se a tendência à *unificação de soluções jurídicas*, ao menos no que concerne ao aspecto substancial dos problemas postos. Tal tendência não se deve ao acaso, e as coincidências existentes podem ser creditadas à existência de circunstâncias sociais e culturais assemelhadas: muitas vezes as práticas e as soluções são comuns, não obstante a discrepância entre os conceitos e figuras dogmáticas nacionais, o que Esser atribui à crescente aproximação dos *standards* sociais e às idéias de valor subjacentes a cada ordenamento⁹⁰.

Na Europa comunitária o Tribunal supranacional e a Arbitragem Internacional desempenham relevantíssimo papel no que tange à formulação e consolidação de princípios unitários. A realidade do Mercosul é diversa; contudo, a relativa similaridade dos ordenamentos jurídicos do Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai - quanto mais não seja em razão de suas fontes históricas e de sua estrutura codificada - poderá tornar menos árdua a tarefa de harmonização dos princípios e regras incidentes à fase pré-negocial dos contratos. Nesse sentido, a previsão, contida no Tratado de Assunção⁹¹, para que em novo tratado sejam postos os instrumentos necessários à sua estruturação

poderia ensejar a elaboração de *diretiva* que, aproveitando o fundo comum a essas tradições, consiga, harmonizando-as, conduzir à unificação das soluções na matéria.

Porto Alegre, setembro de 1992.

Notas

¹ Ver, entre outros, René David, "Il Diritto del Commercio Internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?". In *Riv. Dir. Civ. Parte Prima*, 1976, p. 577.

² Para estas observações ver Bruno Oppetit, *Autor du Contrat International*, in *Droits*, 12, 1990, pp. 107 e ss.

³ *idem*, p. 108.

⁴ Ver, nesta matéria, o ensinamento de Pontes de Miranda. Quanto às categorias da proposta e da aceitação, *Tratado de Direito Privado*, Tomos III e XXXVIII. Ver igualmente Clóvis do Couto e Silva, *Para uma História dos Conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil: a Atualidade do Pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bulow*, in *Rev. de Proc.* vol. 37, pp. 238 e ss., em especial p. 250 no que concerne à elaboração da teoria do negócio jurídico e sua configuração atual.

⁵ É o que sucede nos contratos de *engineering*, nos *contracts to make contract* que antecedem os financiamentos internacionais, nos de fornecimento de matérias-primas e de tecnologia, só para citar alguns dos exemplos mais corriqueiros.

⁶ A expressão é de Mario Julio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, Livraria Almedina, 5ª edição, Coimbra, 1991, p. 235.

⁷ In "Le Contract 'Individuel' et sa Définition". Ver *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1988, pp. 327 e ss.

⁸ *idem*, p. 334.

⁹ *idem*, *ibidem*. Ver, igualmente, Konrad Zweigert, "Du Sérieux de la Promesse", *Riv. Int. Dr. Com.* 1964, pp. 33 e ss.

¹⁰ Em linhas gerais estes traços demarcariam a mais ampla definição de contrato passível de ser deduzida dos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. Para o exame das diferentes definições ver Guido Alpa, *op. cit.*, pp. 329 e ss.

¹¹ Mesmo assim, houveram, no passado, pensadores, como Hugo Grotius, que perceberam nas promessas uma *estrutura escalonada*: no primeiro escalão estaria a comunicação de mero plano futuro de atuação; no segundo, a "declaração-compromisso" de comportamento futuro, ou *pollicitatio*; no terceiro, a decisão voluntária de transferência, para outrem, de um direito. O fundamento da vinculabilidade das promessas residiria no próprio proponente e na sua liberdade, reconhecida como um "direito natural". Não por acaso nessa época se constroem os fundamentos do conceito

de direito subjetivo. (Ver Menezes Cordeiro, "Da Boa-Fé no Direito Civil", vol. I, Almedina, Coimbra, 1984, p. 216 e Francesco Calasso, "Il Negozio Jurídico", Giuffrè, Milão, 1959, pp. 281 e ss).

12 Da copiosa bibliografia sobre o tema ver, no concernente à formação histórica, Alfred Rieg, "Le Rôle de la Volonté dans la Formation de l'Acte Juridique d'après les doctrines allemandes de XIX^{ème} Siècle", Archives de Philosophie du Droit, 1957, p. 2 e o meu estudo "Crise e Modificação da Noção de Contrato no Direito Brasileiro", Revista Direito do Consumidor, vol. 3, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992; na bibliografia brasileira atualizada, Clóvis do Couto e Silva, "Para uma História dos Conceitos no Direito Civil e no Direito Processual Civil - A Atualidade do Pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bulow", cit., supra, em especial no que concerne às observações acerca dos diferentes graus de valorização do ordenamento jurídico aos atos dos particulares; do mesmo autor ver "A Obrigação como Processo", pp. 84 a 88.

13 Por todos, Emilio Betti, "Teoria Geral do Negócio Jurídico", vol. I, trad. de Fernando de Miranda, Coimbra, 1969.

14 Vide, além dos autores citados, as referências consignadas por José Carlos Moreira Alves, em especial em "A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro", São Paulo, 1986, p. 99, nota ao pé da página.

15 Cf. Pontes de Miranda, "Tratado", cit. Tomo III. Todavia, assinala Clóvis do Couto e Silva não ser importante o modo como se exterioriza a vontade, "se através de declaração ou de fato concludente", porquanto está superado, hoje, "o entendimento daqueles que exigiam, para caracterizar o negócio jurídico, a declaração de vontade", embora a necessidade da caracterização de "vontade claramente exteriorizada, perceptível, inequívoca" (Ver "A Obrigação como Processo", cit. p. 202).

16 "O negócio jurídico bilateral solda dois negócios jurídicos que se destinavam a isto (oferta, aceitação). Por isto há efeitos próprios, típicos, da bilateralidade do negócio" (Pontes de Miranda, op. cit., parágrafo 278, 4).

17 idem, parágrafos 278, 5, 282, 1.

18 idem, parágrafo 282, 1.

19 Visualize-se, por exemplo, o tempo e a complexidade que envolvem um contrato de compra e venda de aeronaves para ter-se em conta as dificuldades de ser alcançado de imediato um acordo sobre todos os pontos objeto do negócio. Assim, também, a compra e venda de petróleo, ou as cadeias de contratos por vezes ocorrentes na exportação de alimentos.

20 As cartas que compõem essa correspondência são conhecidas sob o nome de *intent letters*, nos países da *common law*; *lettres d'intention* no direito francês; *lettere di intenzione* na Itália.

21 No direito continental europeu essa acepção é concebida como "minuta" ou "punctação".

22 Ver Guido Alpa, "Le Contrat 'Individuel' et sa Définition", cit., p. 338. Os dois primeiros sentidos do termo,

acima indicados, caracterizam verdadeiras cartas de intenção; o terceiro, como visto, aproxima-se da punctação, a qual se assemelha ao contrato preliminar e o quarto concerne ao caráter exaustivo do conteúdo do acordo, delineando propriamente um contrato.

23 Nesse sentido, Fernando Pessoa Jorge, "A Formação do Contrato à Face do Novo Código Civil Português", Revista Forense vol 294, pp. 56.

24 Vide, na doutrina brasileira, o excelente estudo de Walmor Francke, "Notas sobre o Pré-Contrato", in Revista Jurídica no 49, p. 49 e ss.

25 Talvez o ordenamento jurídico que melhor tenha desenvolvido o instituto seja o alemão, que tipificou o *Vorvertrag* como o contrato que contém a obrigação de concluir um outro, de sorte que, segundo a célebre formulação de Degenkolb, "a obrigação derivante do contrato preliminar será o encontro de declarações de vontade que se completarão reciprocamente sobre um itinerário determinado". Consoante o BGB, o *Vorvertrag* é considerado "promessa obrigatória" com a única particularidade de a obrigação vir estabelecida por meio do parágrafo 894 ZPO. (Para estas observações, consulte Renato Speciale, "Il Vorvertrag nell'ambito delle contratti", in Riv. dir. civ., 1986, Parte Prima, pp. 45 e ss). Outros ordenamentos consignam a regra de a promessa só adquirir eficácia quando conter todos os elementos do futuro contrato: assim, no direito anglo-americano ocorre a necessidade da *consideration*, e no direito continental europeu - especialmente na França e na Itália, adota-se o exame da *causa*. Em tema de direito comparado, no entanto, o essencial é atentar para o exame casuístico de cada uma das figuras consideradas. Isto porque, como bem adverte Guido Alpa, o que na Itália é considerado *contratto preliminare*, como conteúdo completo e perfeito, muitas vezes, na *common law* corresponde a figuras diversas, próximas da idéia de um contrato incompleto por falta de *consideration*. Na Alemanha, além do mais, observa-se a tendência à fuga do *Vorvertrag*, tido como demasiadamente vinculativo e limitativo para as operações comerciais, buscando-se em contrapartida, novas figuras que permitam às partes uma margem de manobra mais ampla. (ver Alpa, *Le Contrat "Individuel" et sa Définition*, cit., p. 339).

26 Para o exame, no direito francês, da natureza da responsabilidade decorrente da realização de contratos preliminares, destinados a preparar o contrato definitivo, ver Joanna Schmidt-Szalewski, *La Période Précontractuelle en Droit Français*, Revue Internationale de Droit Comparé, 2, 1990, p. 545, em especial p. 555.

27 Vide RE nº 88.716 - RJ, STF, 2ª T., Rel. Min. Moreira Alves, publicado in RTJ vol. 92, pp. 250 e ss., onde estabelecida a distinção entre "minuta" ou "protocolo de intenções" e pré-contrato, firmando-se a orientação de ser essencial ao contrato preliminar que contenha "todos os elementos do contrato definitivo (...) não obrigando o mero acordo preliminar que não contemple a vontade de se obrigar". No mesmo acórdão, contudo, votou vencido o Ministro João Leito de Abreu, que conferia à espécie interpretação mais flexível, acolhen-

do a tese de tratar-se, o caso examinado, de verdadeiro contrato preliminar, em razão da determinabilidade real e/ou potencial das cláusulas essenciais (ver, em especial, pp. 298 e ss.).

28 Conforme Guido Alpa, op. cit., p. 334.

29 Kings Bench Division (1923) ZKB 261, apud Guido Alpa, op. cit., p. 335.

30 Assim Oppetit, op. cit., p. 109.

31 Nesse sentido Mario Bessone, *Unilateral Mistake e Teoria del Contratto nell'esperienza nord-americana*, in Rivista del Diritto Commerciale, 1970, pp. 248 e ss., em especial p. 252.

32 Conforme Joseph Esser, *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho*, trad. de Eduardo Valenti Fiol, Barcelona, 1961, p. 42, F. Kessler e E. Fine, *Culpa in Contrabando in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study*, in Harvard Law Review, 77, 3, p. 401 e D.K. Allen, *Pré-Contractual Liability*. Segundo esse autor a *estoppel* é em geral vista como uma "rule of evidence though it has substantive elements as well". Existem diferentes modalidades, como a *estoppel by representation*, a *promissory estoppel* e a *proprietary estoppel*. (ver. pp. 93 e 94).

33 Conforme Jean Thieffry, *Les nouvelles règles de la vente internationale*, in Droit et Pratique du Commerce International, 15, 3, 1989, p. 377.

34 Sobre a comparação entre as noções de *causa* e *consideration*, ver Fabio Siebeneichler de Andrade, *Causa e Consideration*, Revista Juris vol. 53, Porto Alegre, 1991, p. 276.

35 Vide o estudo de Giuseppe Benedetti, *La Categoria Generale del Contratto*, in Rivista di Diritto Civile, 6, 1991, pp. 649 e ss., em especial pp. 683 e 684 onde abordada a técnica empregada pela Convenção de Viena de 1980 sobre a compra e venda internacional, a qual, como é sabido, não apresenta definições exaustivas nem tipifica os institutos que regula, deixando margem, em sua aplicação, a um raciocínio de tipo *problemático* e não *sistemático*. Ainda sobre a técnica utilizada na Convenção, Jean Theffry, op. cit., p. 375 e Philippe Kahn, *Convention de Vienne du 11 avril 1980. Caractères et domaine d'application*, mesma revista, pp. 385 e ss.

36 Exemplo deste tratamento é dado por acórdão da Câmara de Comércio Internacional francesa datado de 1989 ("affaire 5904") assim ementado: *Détermination de la loi applicable - Choix des parties dans le contrat limité à des dispositions nationales administratives - Système de droit incomplet. Accord des parties pour l'application des principes et usages généraux et normaux du commerce international. - Lex mercatoria, complément de la loi du contrat. - Application du droit français à la détermination du taux d'intérêts. - Lex fuori. - Obligation principale en franc français.* (in Journal du Droit International, 1989, II, p. 1107).

37 op. cit. p. 112.

38 Guido Alpa, op. cit., p. 337. Refere o autor exaustiva pesquisa comandada por S. Macaulay (*Non-Contractual*

Relations in Business: a preliminary Study", 28 Am. Sic. Rev., 1963, pp. 55 e ss.) a qual "avait remarqué la disparition du formalisme dans les rapports contractuels entre chefs d'entreprise, la planification progressive des rapports même entre entreprises, la survie de praxis enracinées, fondées sur la bonne foi et sur la correction" porquanto "les hommes d'affaires préfèrent souvent se reposer sur la parole de gentilhomme dans une courte lettre, avec une poignée de main, sur la "commune bonneté", même quand la négociation comporte des risques consistants".

39 Ver, em especial, Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, cit., pp. 29 e ss. e *O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português*, in Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980.

40 Assim a disposição do art. 7º segundo o qual "pour l'interprétation de la présente Convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de sa application, ainsi que d'assurer le respect de la bonne foi dans le commerce international" (grifei).

41 Ver Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV.

42 Utilizo esta expressão como contraponto à idéia de eficácia plena, onde a totalidade das possibilidades de graduação estão preenchidas. Na "eficácia de primeiro grau" não se configuram todos os efeitos que podem decorrer de um negócio, mas apenas parte deles, os quais se verificam na hipótese de lesão ao princípio da boa-fé, daí surgindo a responsabilidade.

43 Assim, Clóvis do Couto e Silva, in *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé (Cours Fait à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de Saint Maur)*, Porto Alegre, 1988, datilografado.

44 Idem, pp. 9 e 10.

45 In *A Responsabilidade Pré-Negocial pela não conclusão dos contratos*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1966, Supl. XIV, p. 151. Em relação ao direito civil alemão também Harm Peter Westermann acentua a tendência "a uma valoração justa dos interesses em um contato social", tendência que, no seu entender, conduziu "à invenção do instituto jurídico" da culpa in contrabando. (ver *Código Civil Alemão - Direito das Obrigações - Parte Geral*, trad. de Armindo Edgar Laux, Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1983, p. 109).

46 Mota Pinto, op. cit., pp. 151 e 152.

47 idem, ibidem.

48 Esta última expressão é utilizada por Clóvis do Couto e Silva. Ver *O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português*, cit., p. 55.

49 Ver Mario Julio de Almeida Costa, *Aspectos Modernos do Direito das Obrigações*, in Estudo de Direito Civil Brasileiro e Português, cit., p. 83. Lembrando que a doutrina das "relações contratuais de fato" está ainda longe de obter consenso unânime refere o autor que

"as melhores soluções que aconselhariam essa doutrina podem ser conseguidas, respectivamente: com base nos ditames da boa-fé que presidem às negociações e à formação do contrato, configurando a responsabilidade pré-contratual, que consagra (no Projeto do Código Civil Brasileiro, art. 421) em termos expressos e amplos (...); e com apoio nos próprios princípios da ineficácia ou invalidade dos negócios jurídicos, enquanto se considerem suscetíveis de permitir, excepcionalmente, a persistência de determinados efeitos de natureza negocial.

⁵⁰ Conforme Clóvis do Couto e Silva, *A Obrigação como Processo*, cit., p. 12. Na doutrina estrangeira ver K. Larenz, *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, p. 37, como segue: "... entendemos la relación de obligación no solo como hace la ley (p.ej. en el párr. 362) es decir, como la relación de prestación aislada (crédito y deber de prestación), sino como la relación jurídica total (...).

⁵¹ Ver Clóvis do Couto e Silva, *O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português*, cit., e *A Obrigação como Processo*, em especial pp. 29 e ss. Também Ernesto Wayar, *Derecho Civil - Obligaciones*, Tomo I, Buenos Aires, 1990.

⁵² Segundo Luiz Díez-Picazo "el deber jurídico es la necesidad en que la persona se encuentra de adoptar una determinada conducta o un cierto comportamiento en cuanto están previstos como necesarios para el orden jurídico", encontrando-se a idéia de dever sempre conexonada à de responsabilidade. (in *Sistema de Derecho Civil*, I, Madrid, 1990, p. 233). No que concerne aos deveres jurídicos que defluem do princípio da boa fé objetiva anota Clóvis do Couto e Silva que este, em relação ao direito das obrigações - "manifiesta-se como máxima objetiva que determina o aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui", operando, nos negócios bilaterais, "como mandamento de consideração" porquanto "o interesse conferido a cada participante da relação jurídica (mea res agitur) encontra sua fronteira nos interesses do outro figurante, dignos de serem protegidos" (in *A Obrigação como Processo*, cit., pp. 29 e ss.).

⁵³ Clóvis do Couto e Silva, *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*, cit., p. 27.

⁵⁴ Atualmente a doutrina opõe-se à estreiteza da denominação culpa in contrabendo, porquanto o instituto não se limita aos fatos lesivos meramente culposos, podendo exigir-se o dolo e, como bem acentua Mario Julio de Almeida Costa, "nem mesmo se circunscreve às áreas da culpa em sentido lato, pois é possível a existência de responsabilidade pré-negocial objetiva, designadamente devida a fato de outrem" (in *Direito das Obrigações*, cit. p. 236, nota 2. Para as várias interpretações do texto original de Jhering ver Menezes Cordeiro, *op. cit.*, pp. 527 e ss.).

⁵⁵ *Responsabilità Precontrattuale* (Sintesi di Informazione), in *Rivista di Diritto Civile*, 1991, 6, Parte Prima, p. 729.

⁵⁶ *Culpa in Contrabendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen* (in *Jherings Iarbuch*, 4, 1861, pp. 1 e ss. e in *Gesammelte Aufsätze*, I, Ierna, 1881, pp. 327 e ss. (Para estas referências consulte F. Benatti, *A Responsabilidade Pré-Contratual*, trad. de A. Vera Jardim e Miguel Caeiro, Coimbra,

1970, p. 13, nota 9, Mario Bessone, *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1972, p. 1.010, nota 103 e Mario Julio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit. pp. 238 e ss.).

⁵⁷ "A responsabilidade in contrahendo abrange uma multiplicidade de fenômenos demasiado complexa para se compaginar com o sintetismo dum dever único" afirma Mota Pinto, segundo o qual a diversidade dos deveres que daí decorrem radica na diversidade do comportamento a que as partes estão adstritas em cada um deles, na diversidade do nexo de imputação exigível para que a sua violação importe responsabilidade e, por fim, na diversidade das sanções que a lei faz corresponder a essas violações, configurando tal responsabilidade "um conceito composto, uma abstração doutrinária, um resumo de várias obrigações individualizadas pelo seu regime" (*op. cit.*, p. 158).

⁵⁸ A questão debatida por Jhering fundava-se na hipótese de um sujeito dar causa, por culpa sua, a nulidade de um contrato, devendo então ressarcir o dano que a outra parte havia sofrido por haver confiado na validade do contrato. Para a análise dos fundamentos originalmente postos por Jhering, ver Menezes Cordeiro, *op. cit.*, pp. 530 e ss.

⁵⁹ Vide F. Benatti, *op. cit.* pp. 47 a 102 e Westermann, *op. cit.*, pp. 111 e ss. A doutrina italiana acolhe os três primeiros; o dever de conservação da integridade física da contraparte (*Sorgfaltspflicht*) é tratado pelos autores alemães, sendo célebre a jurisprudência do *Reichsgericht* acerca do "caso dos rolos de linóleo" (*Linoleumsfall*, RGZ 78, 239). Assinala Arietti que a jurisprudência italiana mais recente tem conferido particular atenção aos deveres de informação diversos daqueles relativos à comunicação sobre as causas de invalidade do contrato (*op. cit.*, p. 731).

⁶⁰ Assim, Mario Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit. p. 239.

⁶¹ F. Benatti, *op. cit.*, p. 65 e Mario Bessoni, *op. cit.*, p. 1.007.

⁶² Ver Marina Arietti, *op. cit.* p. 731.

⁶³ Segundo Mario Bessone, em matéria de ruptura das negociações "il giudizio necessario per stabilire se vi fossero aspettative altrui meritevoli di considerazione si resolve nell'apprezzamento delle circostanze (che concorrono ad indicare lo stadio raggiunto dalla trattativa), al fine di accertare se le apparenze create da una parte fossero tali da giustificare le iniziative (quindi, le spese) operate dall'altra". (*Rapporto Precontrattuale*, cit., p. 1004).

⁶⁴ Assim, Mario Bessone, *Rapporto Precontrattuale*, cit. p. 974).

⁶⁵ Escrevi sobre o tema em *As Cláusulas Gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*, Revista de Informação Legislativa nº 112, Brasília, 1991, p. 13.

⁶⁶ Ver Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁷ Assim, Mario Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit. p. 239.

⁶⁸ Para o exame dos diferentes sistemas europeus ver Mario Bessone, *Rapporto Precontrattuale* e ainda *Unilateral Mistake e Teoria del contratto nell'esperienza nord-americana*, cit. e Menezes Cordeiro, *op. cit.*, pp. 530 a 545.

⁶⁹ Assim Bessone, *Rapporto precontrattuale*, cit., p. 965.

⁷⁰ Ver a arguta observação de Esser no que concerne à evolução da jurisprudência alemã sobre o tema (*op. cit.*, pp. 209 a 211). Reportando-se ao mesmo tema, Menezes Cordeiro, *op. cit.*, pp. 530 a 552.

⁷¹ *op. cit.*, em especial pp. 412 e ss., onde anotado: "Modern contract law has gone far in reconciling freedom of contract and the 'police of certainty' of transactions with the dictates of good faith and business convenience".

⁷² Nesse sentido, os parágrafos 1 - 203 do UCC ("obligation of good faith in ... performance or enforcement") e 205 (RC) ("duty of good faith and fair dealing in performance and enforcements"), consoante anota E. Allan Farnsworth in *Negotiation of Contracts and Precontractual Liability: General Report, Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Éditions Universitaires Fribourg, Suíça, 1990, p. 656, em especial p. 665.

⁷³ Assim D.K. Allen, *Pre-Contractual Liability*, cit. p. 96.

⁷⁴ Assim os parágrafos 122, 123 e 307 do BGB que, interpretados em consonância à cláusula geral da boa-fé do parágrafo 242 permitem aos juizes o controle sobre o comportamento observado no curso das tratativas.

⁷⁵ Conforme Westermann, *op. cit.* p. 110, grifos do autor. Também Esser, *op. cit.*, p. 210.

⁷⁶ Assim Harm Peter Westermann, *op. cit.*, p. 127.

⁷⁷ *idem*, p. 110.

⁷⁸ Afirma Bessoni que "la genericità della formula dell'art. 1337 è infatti il prezzo che la norma paga per assicurare al rinvio a buona fede il senso di una clausola generale, operativa anche nella zona dei casi che la serie delle norme di specie lascia scoperta" (in *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, cit., p. 983).

⁷⁹ Conforme Joanna Schmidt-Szalewski, *op. cit.*, p. 549. A "perte d'une chance não constitui uma certeza, mas uma probabilidade. Para obviar o requisito "certeza", essencial à configuração da responsabilidade civil, a jurisprudência entende que o prejudicado deve provar que existia uma "probabilité raisonnable pour la réalisation de la chance, considerando-se, ainda, o grau de avanço das tratativas para decidir "si la perspective de gain mérite d'être au moins partiellement prise en considération pour évaluer l'indemnité". Ver, da mesma autora, *La Sanction de la Faute Précontractuelle*, in *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1976, pp. 46 e ss.

⁸⁰ "Quem negocia com outrem para a conclusão de um contrato deve, tanto nos preliminares como na formação dele, proceder segundo as regras da boa-fé, sob pena de responder pelos danos que culposamente causar à outra parte". Ver, a propósito, as observações de Clóvis do Couto e Silva, *O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português*, cit., pp. 66 e 67 e de Mario Julio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit. p. 240 e ss.

⁸¹ Conforme Mario Julio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., pp. 237 e 238.

⁸² *idem*, p. 238, grifos meus.

⁸³ Decisão de 25.12.1986, Sala G, in *Jurisprudência Argentina*, 1986, III, Sínteses, tradução e grifos meus.

⁸⁴ in *Contratos Civiles y Comerciales - Parte General y Especial*, Editorial Astra, Buenos Aires, 1990, p. 27. Também comentando a importância do princípio, Luis Andorno e Roque Garrido, in *Reformas al Código Civil*, Buenos Aires, 2ª edição, 1971, em especial pp. 310 e ss.

⁸⁵ Veja-se ainda Ernesto Wayar, in *Derecho Civil - Obligaciones*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1990, em especial pp. 27 e ss.

⁸⁶ Carlos Alberto Ghersi, *op. cit.*, p. 28 (traduzi).

⁸⁷ O Projeto de Código Civil contém, no art. 421, disposição específica.

⁸⁸ Ver Clóvis do Couto e Silva, *Principes Fondamentales de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé*, cit., e Almíro do Couto e Silva, *Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Decorrentes do Planejamento*, in *Revista de Direito Público* vol. 65, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, pp. 29 e ss.

⁸⁹ Assim o magistério do STF in RTJ 13, p. 278.

⁹⁰ *op. cit.* p. 426.

⁹¹ O "Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai" foi assinado em Asunción em 26 de março de 1991, entrando em vigor em novembro daquele mesmo ano. Estabelece, prioritariamente, propostas, princípios e instrumentos para a constituição de um mercado comum entre os Estados signatários, o qual deverá estar estabelecido até 31 de dezembro de 1994 e que se denominará "Mercado Comum do Sul" - MERCOSUL. Os compromissos assumidos entre os Estados-parte implicam a "livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países", no estabelecimento de tarifas externas comuns, na adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados, bem como a coordenação de posições em foros econômicos comerciais regionais e internacionais, a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais e ainda o compromisso, dos Estados-parte, de harmonizar as suas legislações nas áreas pertinentes para lograr o fortalecimento do processo de integração. (Capítulo I, art. 10).

Bibliografia

Allen, D.K. *Pre-Contractual Liability*, in *United Kingdom Comparative and Common Law - Studies for the XIIIth International Congress of Comparative Law*, vol. 10, Londres, 1990, p. 90.

Almeida Costa, Mario Julio. *Aspectos Modernos do Direito das Obrigações*, in *Estudos de Direito Civil Brasi-*

- leiro e Português, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986.
- . *Direito das Obrigações*. Livraria Almedina, Coimbra, 1991.
- Andorno, L. e Garrido, R. *Reformas al Código Civil*. Buenos Aires, 1971, 2ª edição.
- Alpa, Guido. *Le Contrat 'individuel' et sa définition*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1988, p. 327.
- Arietti, Marina. *Responsabilità Precontrattuale (Sintesi di Informazione)*, in *Rivista di Diritto Civile*, 1991, 6, p. 729.
- Benatti, F. *A Responsabilidade Pré-Contratual*, trad. de A. Veras Jardim e Miguel Caeiro, Coimbra, 1970.
- Benedetti, Giuseppe. *La Categoria Generale del Contratto*, in *Rivista di Diritto Civile*, 6, 1991, p. 649.
- Bessone, Mario. *Rapporto precontrattuale e doveri di correttezza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1972, p. 962.
- . *Unilateral Mistake e Teoria del Contratto nell'esperienza Nord-americana*, in *Rivista di Diritto Commerciale*, 1970, 1, p. 248.
- Betti, Emilio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, trad. de Fernando de Miranda, Coimbra, 1969.
- Calasso, Francesco. *Il Negozio Giuridico*. Giuffrè Editore, Milão, 1959.
- Couto e Silva, Almiro. *Responsabilidade do Estado e Problemas Jurídicos Decorrentes do Planejamento*, in *Revista de Direito Público* 65, p. 29, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.
- Couto e Silva, Clóvis. *Para uma História dos Conceitos em Direito Civil e em Direito Processual Civil: a atualidade do pensamento de Otto Karlowa e de Oskar Bulow*, in *Revista de Processo*, 37, p. 238.
- . *A Obrigação como Processo*. José Bushatski Editor, São Paulo, 1976.
- . *O Princípio da Boa-Fé no Direito Brasileiro e Português*, in *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986.
- . *Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé (Cours fait à la Faculté de Droit et de Sciences Politiques de St. Maur)*, Porto Alegre, 1988, datilografado.
- David, René. *Il Diritto del Commercio Internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria? In Rivista di Diritto Civile*, 1976, Parte Prima, p. 577.
- Diez Picazo, Luis. *Sistema de Derecho Civil*, Tomo I, Madri, 1990.
- Esser, Joseph. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho*. Tradução de Eduardo Valenti Fiol, Barcelona, 1961.
- Farnsworth, E. Allan. *Negotiation of Contracts and Precontractual Liability: General Report*, in *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Éditions Universitaires Fribourg, Friburgo, 1990, p. 747.
- Francke, Walmor. *Notas sobre o Pré-Contrato*, in *Revista Jurídica*, 49, p. 49.
- Gherzi, Carlos Alberto. *Contratos Cíviles y Comerciales - Parte General y Especial*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1990.
- Jorge, Fernando Pessoa. *A Formação do Contrato à face do Novo Código Civil Português*, in *Revista Forense*, 294, p. 56.
- Kahn, Philippe. *Convention de Vienne du 11 avril 1980. Caractères et Domaine d'Application*, in *Droit International*, 2, Commerce International, 15, 3, 1989, p. 385.
- . *Les principes généraux du droit devant les arbitres du commerce international*, in *Journal du Droit International*, 2, 1989, p. 305.
- Kessler, F e Fine, Edit. *Culpa in Contrabendo, Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A Comparative Study*, in *Harvard Law Review*, 1977, p. 401.
- Larenz, Karl. *Derecho de Obligaciones*, Tomo I, trad. esp. de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.
- Martins-Costa, Judith. *Crise e Modificação da Noção de Contrato no Direito Brasileiro*, in *Revista Direito do Consumidor*, 3, São Paulo, 1992.
- Menezes Cordeiro, A. M. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1986.
- Moreira Alves, José Carlos. *A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1986.
- Mota Pinto, Carlos Alberto. *A Responsabilidade Pré-Negocial pela não conclusão dos contratos*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1966, Supl. XIV.
- Oppetit, Bruno. *Autour du contrat international*, in *Droits*, 12, 1990, p. 107.
- Pontes de Miranda. *Tratado de Direito Privado*, Tomos III, IV e XXXVIII.
- Schmidt-Szalewski, Joanna. *La Période Précontractuelle en Droit Français*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, 1990, p. 545.
- Speciale, Renato. *Il Vorvertrag nell'ambito delle contratti*, in *Revista di Diritto Civile*, 1986, Parte Prima, p. 45.
- Thieffy, Jean. *Les nouvelles règles de la vente internationale*, in *Droit et Pratique du Commerce International*, 15, 3, 1989, p. 369.
- Wayar, Ernesto. *Derecho Civil. Obligaciones*. Tomo I. Editorial Depalma, Buenos Aires, 1990.

Wengler, Wilhelm. *Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat*, in *Revue Critique du Droit International Privé*, 1982, p. 17.

Westermann, Harm Peter. *Código Civil Alemão - Direito das*

Obrigações - Parte Geral, trad. de Armindo Edgar Laux, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1983.

Zweigert, Konrad. *Du Sérieux de la Promesse*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1964, p. 33.

O contrato administrativo

Vandeli Rohsig Dannebrock

Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

Introdução; I - Diferentes correntes doutrinárias a respeito do contrato administrativo; I. a - Corrente negativista; I. b - Corrente que admite a existência de contratos administrativos distintos dos contratos regidos pelo direito privado; I. c - Corrente que entende que todos contratos administrativos são regidos pelo direito público; II - Peculiaridades do contrato administrativo; II. a - Prerrogativa da administração; II. b - O equilíbrio econômico-financeiro; II. c - Aplicabilidade das teorias da imprevisão e da base de negócio jurídico; Conclusão.

Abstract

The paper develops some ideas on the administrative contract. It deals initially with the different juridical-doctrinal approaches to the admissibility of the administrative contract for conjugating concepts otherwise originally antagonistic: on one side the figure of the contract, the consecrator of the individual will, and of the equality between the contracting parties; and on the other side, the juridical regime of public law, the consecrator of the public concern over the individual one, and the position of supremacy of the Public Administration. It still exposes the positions of the main doctrines around the question of the juridical regime to which are subordinate the administrative contracts and the criteria utilized for such.

On a second part it analyzes the peculiarities of the administrative contract, especially: the prerogatives of Public Administration as expressed by the existence of exorbitant provisions and by the power of unilateral modification of the administrative contract; the economic-financial balance which must be preserved during the whole execution of the contract; the applicability of improvidence theories and of the basis of the juridical business to administrative contracts.

Introdução

O conceito tradicional do contrato alinha-se na horizontalidade ou igualdade das partes contratantes, na liberdade da ma-

nifestação da vontade e na imutabilidade do avençado, o qual faz lei entre as partes.

Por outro lado, pedra angular do direito administrativo é a sua sujeição ao regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum, ou, em outras palavras, a consagração do princípio da predominância do interesse público sobre o interesse individual.

Como conciliar, portanto, a noção de contrato administrativo, regido primordialmente pelo direito público com a noção paralela do contrato tradicional?

A perplexidade que impede ou impediu a completa e imediata aceitação da figura do contrato administrativo reside exatamente na contradição existente entre a concepção tradicional de contrato em contraposição com uma modalidade de contrato onde se vêem consagradas as cláusulas exorbitantes, as quais são consideradas como derogadoras da imutabilidade, da igualdade entre as partes.

Entretanto, hoje se põe em questão até mesmo a existência da divisão secular entre o Direito Público e o Direito Privado, afirmando-se que inexistem "secções" na Ciência Jurídica.

Assim, o contrato administrativo, apesar de suas peculiaridades em virtude de estar o Estado em um dos pólos da relação jurídica, deve ser visto, antes de mais nada, como Contrato.

Por outro lado, como observa Orlando Gomes¹, "no curso deste século, o consen-

sualismo ou voluntarismo vai sendo misturado com fatores estranhos e perdendo, em consequência, a sua condição de nota característica do contrato. Na crista de importantes mudanças, o Estado entra em cena e se passa das situações voluntárias (consentidas), que os interessados escolhem, para o estatuto imposto, surgindo figuras de duvidoso caráter contratual, tais como o contrato normativo, o contrato coativo, o contrato padrão e o contrato de adesão". Assim, através do dirigismo contratual se busca restabelecer o equilíbrio contratual quando uma das partes é economicamente mais fraca, determinando em que termos certos objetos podem ser contratados, como ocorre em matéria trabalhista ou de locações.

Por fim, também o princípio da obrigatoriedade das convenções encontra restrições pela possibilidade de liberação ou de revisão das obrigações quando, na execução do contrato, as condições se alteram significativamente em relação à época da primitiva estipulação. É o caso da cláusula *rebus sic stantibus*, da teoria da imprevisão, da "teoria da força maior", as quais excepcionam o princípio da obrigatoriedade das convenções.

Analisando algumas destas questões, abordaremos neste trabalho, numa 1ª parte, as principais correntes a respeito do contrato administrativo e, numa 2ª parte, as principais peculiaridades inerentes a esta categoria jurídica.

I - Diferentes correntes a respeito do contrato administrativo

a. Corrente negativista

É a corrente aceita especialmente na Alemanha e na Itália².

Os principais argumentos da tese negativista, sintetizados por Osvaldo A. B. de Mello, são:³

a) impossibilidade de celebração de contrato entre pessoas de situação jurídica distinta, dada a posição de supremacia da Administração Pública diante dos administrados;

b) sobre o objeto do contrato, uma vez que as obras e serviços públicos e os bens a que ele se refere estarem fora do comércio;

c) sobre a natureza do contrato, que exige autonomia da vontade e vinculação às suas cláusulas as quais fazem lei entre as partes, o que não se coaduna com o interesse público que muitas vezes exige a alteração do contrato para a ele se adaptar. Por outro lado, exige que o administrado adira ou não ao contrato, não podendo negociar livremente suas cláusulas⁴.

Principal expoente da corrente negativista foi Otto Mayer, que afirmava que "o Estado sempre manda unilateralmente"⁵ e que, portanto, o contrato administrativo violaria o princípio da igualdade, pois "seria um procedimento lindante com o arbítrio regular uma situação geral não por intermédio de uma norma jurídica mas por intermédio de contratos diferenciados com os interessados, com o que seria inevitável que o mais forte levasse a maior parte"^{6, 7, 8}.

Na Alemanha os contratos celebrados com a administração pública são, em sua maioria contratos de direito privado⁹. O contrato de concessão de serviço público, o contrato de fornecimento, de construção de obras públicas são tidos todos como contratos de direitos privado.

O que modernamente se entende como contratos administrativos na doutrina alemã são algumas novas formas de administração, que necessitam da colaboração dos administrados para a realização de medidas que outrora eram realizadas unilateralmente por atos administrativos, como por exemplo, em alguns casos, as licenças para construção ou nos acordos sobre o valor da indenização em caso de desapropriação¹⁰.

A mesma linha segue predominantemente a doutrina italiana¹¹.

b. Corrente que admite a existência de contratos administrativos distintos dos contratos regidos pelo direito privado.

O direito brasileiro admite a existência de contratos administrativos, seguindo neste particular, a doutrina francesa.

No direito francês, a existência de contratos administrativos distintos dos contratos regidos pelo direito privado, numa distinção inicial, surge como uma exceção ao esquema estrutural atos de autoridade - atos de gestão, chamada primeira sistematização do Direito Administrativo; neste - e na jurisdição contencioso-administrativa - se integram os atos ditados imperativamente pela Administração, enquanto que esta prescinde do *imperium* e se submete aos modos de gestão do Direito privado; é este último que rege sua atuação, submetendo-se correlativamente aos tribunais ordinários. O contrato se considera então como o tipo mesmo dos atos de gestão, isto é, daquelas atuações que a Administração realiza despojada de *imperium*, descendo ao nível dos particulares e em igualdade com eles, não obstante o qual, por razões pragmáticas, de simples utilidade (não por razões dogmáticas) se atribui o conhecimento de alguns dos contratos que a Administração celebra à jurisdição contencioso-administrativa¹².

O que ocorre é que por razões de utilidade prática, isto é, por serem os tribunais administrativos mais rápidos e conhecerem melhor as questões atinentes à Administração Pública é que estes são submetidos à jurisdição contencioso-administrativa¹³.

A distinção inicial se refere, pois, apenas ao regime jurisdicional, não afetando a sua natureza nem a sua regulação de fundo, que seguem sendo as próprias de toda questão civil.

Somente no século XX é que se faz a distinção de fundo, utilizando-se o critério material do serviço público¹⁴.

Desde o caso Blanco, o direito administrativo se desenvolve em torno do conceito de serviço público, que fixa a linha divisória entre a competência da justiça comum e da justiça administrativa e a separação do direito administrativo e do direito privado.

Coube a Jèze, como chefe de escola de Bordéus¹⁵ ou do Serviço Público, desenvolver a teoria dos contratos administrativos. Assim, se a relação jurídica estiver relacionada com a noção de serviço público e tiver em um dos pólos entidade que integra a

Administração Pública, ela será de direito administrativo; se faltar um destes pressupostos, a relação será de direito privado.

Posteriormente, a justificação de um regime jurídico especial aos contratos administrativos se fez por meios das cláusulas exorbitantes do direito comum. Por isto a derrubada do critério do serviço público e da repartição conseqüente de competências não produziu consigo a derrubada da distinção entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado firmados pela Administração. Ou seja, como afirma Brewer-Carias¹⁶, "a distinção já havia adquirido substantivação e perdido sua base adjetiva, com suporte na idéia-chave das cláusulas exorbitantes de direito comum, as quais sempre estavam nos primeiros e não se encontram nos segundos".

Os critérios utilizados para caracterizar o contrato administrativo podem ser sintetizados da seguinte forma:

1º) quando seu objeto for a execução de um serviço público;

2º) quando o contrato contiver cláusulas exorbitantes do direito comum, ou

3º) por determinação legal.

A estes se agrega, ainda, a necessidade de que figure num dos pólos pessoa jurídica de direito público. Este critério, entretanto, foi afastado pelo Tribunal de Conflitos no caso Peyrot C. *Societe de L'Autoroute Esterel - Côte D'Azur*, onde havia apenas a intervenção de um organismo de direito privado por conta do Poder Público, ou na realização de obra pública¹⁷.

No direito brasileiro, a noção do serviço público é relevante para a caracterização do contrato administrativo. Para assegurar a continuidade dos serviços públicos, não podem os particulares, como credores da administração, deixar de cumprir suas obrigações, mesmo que estes tenham seus direitos desrespeitados pelo Estado.

Neste sentido, afirma Cretella Jr.:^{18 19} "Não há dúvida de que, sob certos aspectos, os contratos administrativos se assemelham aos contratos celebrados pelos particulares entre si. O regime jurídico de um e outro, a uma análise superficial, é idêntico, mas

isto apenas na aparência, porque um elemento essencial está presente nos contratos administrativos, elemento ausente dos contratos do direito comum: os contratos administrativos concluem-se para o funcionamento de serviço público".

O mesmo autor é adepto de tese de que há diferenças entre os contratos privados celebrados pela Administração e os contratos públicos, administrativos. Aponta ele: "nem todo contrato 'da' Administração é contrato administrativo, pois este é espécie daquele. É aquele quando submetido a determinado regime jurídico, que não é o direito comum ou de direito privado, mas regime especial; o regime jurídico de direito público, exorbitante e derogatório de direito comum"²⁰.

Também neste sentido, Maria Sylvia Z. Di Pietro traça os pontos comuns e os traços distintivos entre os dois tipos de "contratos da Administração": "Quando se cuida do tema contratual, verifica-se que, no que se refere às sujeições impostas à Administração, não diferem os contratos de direito privado e os administrativos; todos eles obedecem a exigências de forma, de procedimento, de competência, de finalidade; precisamente por essa razão é que alguns autores acham que todos os contratos da Administração são contratos administrativos".

"Já no que concerne a prerrogativas, as diferenças são maiores. São elas previstas por meio das chamadas cláusulas exorbitantes ou de privilégio ou de prerrogativa".

"Outra diferença entre contrato administrativo e o contrato de direito privado da Administração, diz respeito ao objeto. O contrato administrativo visa à prestação de serviço público, não no sentido restrito de 'atividade exercida sob regime jurídico exorbitante', mas no sentido mais amplo, que abrange toda atividade que o Estado assume, por lhe parecer que a sua realização era necessária ao interesse geral, e que a iniciativa privada era insuficiente para realizar adequadamente. Abrange os serviços públicos comerciais e industriais do Estado que, embora exercidos, em geral, sob regime de

direito privado, podem ter execução transferida a particular por meio do contrato de concessão de serviço público, que é o contrato administrativo por excelência"²¹.

c. *Corrente que entende que todos os contratos da administração são regidos pelo Direito Público.*

É a tese defendida por autores como Gordillo, por Brewer-Carias e por Garcia de Enterría²². Afirma Brewer-Carias: "Não há, na realidade, atividades privadas da administração. Assim como não existem atos privados da Administração, tampouco existem, claramente, contratos privados da Administração"²³.

E, a seguir, complementa: "Em matéria de contratos da Administração, então, haverá contratos com um regime preponderante de direito administrativo ou preponderante de direito civil, ou se se quiser, haverá contratos nos quais a modulação administrativa alcança maior ou menor intensidade".

Para os autores adeptos desta corrente, as cláusulas exorbitantes são na realidade decorrentes dos próprios poderes de ação unilateral da Administração, como gestora do interesse público.

Além do mais, não existindo no Brasil uma repartição de jurisdições, à moda francesa, entendem os autores brasileiros que não há necessidade de tal distinção.

De qualquer forma, é certo que os contratos administrativos possuem traços característicos, que serão analisados na 2ª parte deste trabalho.

II - Peculiaridades de contrato administrativo

a. *Prerrogativas da administração* a.1. *As cláusulas exorbitantes*

Além dos elementos essenciais do contrato administrativo como a capacidade das partes²⁴, o objeto lícito e possível, o consentimento, o preenchimento das formalidades exigidas²⁵, o fim de interesse público e a presença da Administração como um dos sujeitos da relação jurídica, acrescenta-se a

característica de dever possuir ele cláusulas exorbitantes²⁶ do Direito comum²⁷.

O conceito de serviço público, no direito brasileiro, desempenha papel importante para a identificação do ramo a que pertence determinado contrato, se ao direito privado ou ao direito público. Assim, os contratos realizados pelo Estado serão contratos administrativos sempre que estiverem vinculados a um serviço público ou persigam objeto de interesse imediatamente público contendo, ainda, cláusulas extravagantes do direito comum²⁸.

Embora existam algumas opiniões divergentes²⁹, a maior parte da doutrina cita a presença de cláusulas exorbitantes como uma característica essencial do contrato administrativo³⁰.

Assim Eduardo Soto Kloss, que afirma não passarem as cláusulas exorbitantes de um velho ranço medieval, importando nas contratações públicas não a simples adesão do particular, mas a relação jurídica contratual, o objeto de tal relação vinculado diretamente à organização e ao funcionamento dos serviços públicos³¹.

As cláusulas exorbitantes podem consignar as mais diversas prerrogativas, no interesse do serviço público. Representam, portanto, poderes da Administração de alteração e rescisão unilateral do contrato, fiscalização e controle de sua execução, aplicação de penalidades, inoponibilidade da exceção do contrato não-cumprido, que imprimem ao contrato administrativo, a marca do direito público.

9.2. Poder de modificação unilateral

Segundo Labaudère³², sintetizando os elementos da tese habitual, que vê no poder de modificação unilateral da administração um elemento da teoria geral dos contratos administrativos, estes se resumem da seguinte forma:

"a) o poder de modificação unilateral é considerado como sendo de ordem pública; a administração não pode renunciar, previamente, a exercê-lo (Jêze, ob. cit., pág. 225; Bonnard, ob. cit., pág. 620);

b) o poder de modificação existente fora das estipulações do contrato, quando este último o prevê, não o criando, entretanto, e apenas regulando suas condições de exercício, particularmente seus limites e suas consequências pecuniárias (Jêze, ob. cit.)"

Já em relação aos limites, afirma Labaudère³³: "Os limites do poder de modificação são de duas ordens:

- de uma parte, as modificações unilaterais só podem afetar as cláusulas do contrato que interessem ao serviço público e às suas necessidades (isto é, as prestações do co-contratante e suas modalidades de execução), com exclusão das cláusulas que regulam as relações de interesse entre as partes (principalmente as cláusulas financeiras).

- por outro lado, a administração não pode utilizar o seu poder de modificação a ponto de impor ao contratante alterações excessivas, que ultrapassem um limite razoável, isto é, capazes de ocasionar a transformação do próprio objeto do contrato (por exemplo, transformar uma concessão de serviço público em uma *régie* disfarçada; ou exceder as possibilidades técnicas ou econômicas do co-contratante".

Mais recentemente, alguns autores têm ressaltado que o poder de modificação unilateral não é aplicável de forma uniforme a todos os contratos administrativos, sendo o mais peculiar o contrato de concessão de serviços públicos. Neste sentido, afirma Celso Antonio B. de Mello³⁴:

"Com efeito, na concessão de serviço, trespassa-se a um terceiro o exercício de uma atividade que é havida pelo Estado como essencial, ou seja, basilar, 'existencial à coletividade num momento dado', para usar a expressão de Duguit".

"Seu desempenho, então, envolve cometimentos absolutamente típicos do Estado, reclamam o exercício de poderes característicos e especificamente públicos e põe em causa atividades que não podem, sob aspecto algum, ser parificadas com empreendimentos privados, pois estão em jogo interesses transcendentes. É lógico, ademais, que estas atividades, uma vez iniciadas, não possam ser suprimidas abruptamente, nem pos-

sam ser interrompidas ou suspensas, pena de causar gravíssimos transtornos..."

Por força destes aspectos, haveria a necessidade de distinguir as regras comuns aos contratos administrativos e aquelas próprias de certas espécies.

Afirma Labaudère³⁵:

"Nos contratos administrativos que não visem a uma participação direta do co-contratante no serviço público ou na obra pública, mas apenas a uma colaboração indireta, sob a forma de prestações destinadas a satisfazer as necessidades do serviço, é que a noção de um poder de modificação unilateral cessa de encontrar um fundamento preciso".

Já a rescisão unilateral pode ocorrer tanto por inadimplência do contratante (rescisão - sanção), como por interesse público na cessação da normal execução do contrato³⁶.

Frente ao contratante, tem ainda a Administração o poder permanente de direção e controle dos contratos que celebra, supervisionando e intervindo na execução das prestações. Esta cláusula insere-se em qualquer contrato administrativo, de forma expressa ou implícita.

Como corolário deste princípio, dispõe a Administração do poder de aplicar penalidades contratuais ou outras sanções legais não previstas no ajuste, sem o que seria inócuo o acompanhamento da execução, como nos casos de cessão não autorizada, execução imprópria, e em geral compreendem advertências, multas e até rescisão unilateral pela Administração, além da suspensão provisória e da declaração de inidoneidade para contratar com a Administração. O regime especial das sanções constitui, para a autoridade administrativa, privilégio acentuado que se justifica pelo asseguramento dos serviços públicos. Na aplicação dessas penalidades, a Administração independe de prévia intervenção do Poder Judiciário, a não ser que o particular contratante ofereça resistência.

Por fim, é ainda por força do princípio superior da continuidade do serviço público que pode haver a derrogação do princí-

pio *exceptio non adimpleti contractus*, regra do art. 1092 do Código Civil, que autoriza a suspensão da execução do contrato por uma das partes à inadimplência da outra. Isto é, o inadimplemento da Administração, na execução de suas prestações, não autoriza a suspensão da execução do contrato pelo particular contratante. Mas, se a falta é do particular, a *exceptio* é invocável pela Administração, em seu favor.

De acordo com Carlos Roberto Pellegrino³⁷, também este princípio vem sofrendo atenuações de seus rigores, "já admitindo a doutrina mais recente (com Labaudère, Marrienhoff, Celso Antonio Bandeira de Mello) que a exceção possa ser argüida quando a inadimplência da Administração vier criar gravame insuportável para o contratante, excedente da álea normal dos ajustes administrativos".

b. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Mas, as prerrogativas da Administração não podem ser agravadas sem a correspondente compensação, pois "se a Administração Pública quiser pactuar obras, serviços - se quiser colaboração do particular, e de Labaudère se refere a isso, a 'contratos de colaboração', terá de, certamente, fazer com que o particular se interesse por aquela determinada licitação e, livremente pactue caso seja vencedor"³⁸.

Assim, o interesse do funcionamento do serviço público é compensado pela regra essencial do direito do contratante a uma indenização pelas novas obrigações que lhe são impostas e que romperam o equilíbrio financeiro do contrato.

Essa contrapartida é essencial: não se sacrificará o direito do contratante. Daí dizer-se que a verdadeira cláusula contratual é a equação financeira, que assegura a comutatividade inerente a todo contrato, estabelecimento proporcional entre encargos assumidos e a remuneração originalmente avençada.

O princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato garante que a rela-

ção estabelecida inicialmente pelas partes, entre encargos e retribuição deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratante não sofra uma indevida redução nos lucros normais que pretende obter.

Esta doutrina é aceita pelo Conselho de Estado Francês e acolhida especialmente no caso *Compagnie générale française de Tram ways*³⁹ de 11.03.1910.

Além da força maior⁴⁰, apontam-se três tipos de áleas ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração⁴¹:

1º. álea ordinária ou empresarial, que está presente em qualquer tipo de negócio. É um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação de mercado. Sendo previsível, por ele responde o particular;

2º. álea administrativa, que abrange duas modalidades:

a) uma decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo, para atendimento do interesse público. Por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;

b) a outra corresponde ao chamado fato do príncipe, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele: nesse caso a administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido⁴²;

3º. álea econômica, que corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão. Em princípio, repartem-se os prejuízos, já que não decorrem da vontade de nenhuma das partes.

c. Aplicabilidade das teorias da imprevisão e da base do negócio jurídico

c1. Teoria da imprevisão

A teoria da imprevisão nada mais é do que a revivescência da cláusula *Rebus sic*

stantibus, em oposição ao princípio *pacta sunt servanda*, consagrada em 1916 pelo Conselho de Estado Francês, no caso *Cia. de Gás de Bordéus*.

Consiste no reconhecimento de que o Estado tem o dever de indenizar a outra parte sempre que haja profunda alteração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, aparecendo primeiro nos contratos administrativos. Pois, se o Estado tem prerrogativas (cláusulas exorbitantes), por outro lado tem o dever de restabelecer as condições materiais para que o outro contratante possa realizar as prestações a que se obrigou e a que se viu impossibilitado de atender em virtude de fatos estranhos à sua vontade.

Benoit⁴³, em relação aos contratos administrativos, afirma: "Uma vez que eles (os contratantes) estão ambos ligados a uma mesma tarefa de interesse geral, a Administração e seu contratante se apresentam muito menos como dois lutadores, opostos face à face, cada um procurando as fraquezas do outro, como os contratantes do direito privado, do que dois colaboradores, cooperando em uma mesma obra. O contrato administrativo é essencialmente um contrato de colaboração, é para a Administração um meio de recrutar os colaboradores de que necessita".

Evolução da teoria

No início julgava-se cabível quando "circunstâncias excepcionais, imprevisíveis no momento da conclusão do contrato, e estranhas às partes contratantes, constituíam a causa de uma alteração profunda de economia financeira do contrato, levando o outro contratante a realizar a prestação com prejuízo".

Este regime somente era adequado a contratos com prestação duradoura, escalonada no tempo, como nos contratos de fornecimento. A indenização tinha, portanto, fonte extra-contratual, pois provinha de fatos estranhos ao contrato e tinha caráter de ajuda transitória, não correspondendo ao valor integral do prejuízo, visando a auxiliar o contratante a vencer uma fase difícil.

Pouco a pouco modifica-se o entendimento, sob a influência das idéias de colaboração e de boa-fé nos contratos administrativos; reconhece-se que há uma constante evolução dos preços, que não há fases de anormalidade para se encontrar uma posterior fase de normalidades. Assim, passou-se a entender que, nos contratos de longa duração, as partes que ajustaram seus interesses em boa-fé "entendiam de definir no contrato um equilíbrio abstrato de suas relações contratuais, suscetível de ser reformulada em função da evolução econômica. A boa-fé contratual implica, pois, uma readaptação da remuneração global do particular contratante em função da evolução econômica.

Conseqüentemente, há o abrandamento do conceito de imprevisão: o imprevisível será somente o que não foi expressamente previsto nas estipulações do contrato.

Rejeitada a concepção da indenização como ajuda financeira temporária, a indenização da imprevisão é, desde então, destinada a manter o equilíbrio financeiro definido quando da conclusão do contrato, perdendo o caráter extracontratual para assumir caráter contratual.

c2. Teoria da base do negócio jurídico

No direito francês, aplica-se a teoria da imprevisão aos contratos administrativos, enquanto aos contratos de direito privado se continua a aplicar o princípio da rígida fidelidade ao contrato.

Já no direito alemão, como os contratos de construção de obra pública, de fornecimento ou de concessão de serviço público estão subordinados ao direito privado, em caso de destruição da equivalência econômico-financeira se aplicam as mesmas regras do direito privado, mesmo que intervenha o Estado.

Para restabelecer a equivalência entre as prestações, elaborou-se a teoria da "base do negócio", desenvolvida inicialmente por Oertmann, e que tem sua origem em duas fontes principais:

- Windscheid, com a teoria da pressuposição⁴⁴, a qual acabou não sendo acolhida pelo BGB⁴⁵;

- do direito inglês com a teoria da impossibilidade objetiva da prestação, de frustração do fim ou de destruição da equivalência entre as prestações.

Segundo Oertmann⁴⁶, deve entender-se por base do negócio "a representação mental de cada uma das partes no momento da conclusão do negócio, conhecida na sua totalidade e não rejeitada pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes sobre a existência ou surgimento de certas circunstâncias, nas quais se baseia a vontade negocial".

Acentua, pois, os aspectos relacionados com o conhecimento ou as representações mentais das partes no momento da manifestação ou declaração de vontade. Em outras palavras, relacionava-se com os motivos ou pressupostos da vontade: o desaparecimento dos motivos gerava não a nulidade (como no Erro), mas o direito da parte prejudicada a resolver ou a denunciar o contrato.

O objetivo da teoria era o de abranger as hipóteses em que os fatos supervenientes ou frustravam o contrato ou comprometiam gravemente o equilíbrio do vínculo jurídico pela destruição da equivalência entre as prestações, distinguindo dos problemas ligados à vontade nos contratos. O objetivo imediato da teoria era o de resolver os graves problemas decorrentes da 1ª Guerra Mundial.

Após a 2ª Guerra Mundial, com o surgimento de mais problemas, Karl Larenz retoma as reflexões de Oertmann, dando-lhe tratamento mais sistemático, distinguindo dois grupos de casos a que se aplicava a teoria:

- base objetiva - isto é, conjunto de circunstâncias, conhecidas ou não, dados de fato levados em conta na realização do negócio, constituindo sua base objetiva, independentemente de quaisquer aspectos psicológicos ou ligados à vontade, de tal modo que a alteração dessas circunstâncias implica um desvirtuamento do contrato, não ten-

do mais "sentido, fim ou objeto" sua subsistência;

- base subjetiva - compreende os casos relacionados com a Vontade, com a pressuposição, com os motivos.

Sob a base objetiva do negócio se agrupam dois casos⁴⁷:

1º) quando a relação, pressuposta no contrato de equivalência das prestações se destrói de modo tão absoluto que o contrato perde o sentido originariamente estabelecido, de contrato oneroso ou comutativo;

2º) impossibilidade de consecução do fim: ocorre quando, embora a prestação seja possível, o resultado por ele colimado é, entretanto, impossível de realizar-se, fazendo assim, com que a prestação não tenha "fim ou objeto".

Conclui Larenz⁴⁸ "o critério decisivo em ambos os casos não é algo alheio ao contrato, como a situação econômica do devedor ou de ambas as partes, mas o sentido e o fim do próprio contrato".

Nos contratos bilaterais há sempre um certo equilíbrio entre as prestações estabelecidas. Se as condições econômicas se alteram, a fidelidade do contrato pode representar a inobservância daquilo que as partes convencionaram.

Ex: inflação, a qual transforma o contrato de compra e venda um misto de doação, ato de liberalidade, e compra/venda, ato comutativo, desaparecendo a base do negócio.

Nos casos de destruição da base contratual objetiva e do rompimento da relação de equivalência, as soluções que têm sido adotadas pelo direito germânico são de diferentes ordens, de acordo com Karl Larenz:

a) se a parte ainda não realizou a sua prestação, pode abster-se de fazê-lo até que a outra parte concorde num adequado aumento da contraprestação, que restaura a equivalência;

b) a resolução ou denúncia do contrato;

c) se já se realizou, pode a parte prejudicada, quando não se admita um adequado aumento posterior da contraprestação, reclamar uma indenização, no valor de enriquecimento da outra parte.

Conclusão

Diferentemente do que ocorre na França, no Brasil a teoria da imprevisão aplica-se indistintamente aos contratos administrativos⁴⁹ e aos contratos de direito privado⁵⁰.

Também a teoria da excessiva onerosidade, capaz de destruir a relação de equivalência das prestações, (e portanto, a base objetiva) tem aplicação⁵¹. Afirma Clóvis do Couto e Silva: "um dos setores mais importantes da aplicação da base objetiva do negócio jurídico é o da alteração das prestações em razão da inflação e também o das modificações resultantes dos atos de Estado de intervenção na economia, como sucede com a fixação dos preços máximos e mínimos⁵²."

No direito brasileiro confluem, portanto, as duas tendências, a teoria da imprevisão e a teoria da base do negócio jurídico.

Notas

1 *apud* Edmir Netto de Araújo, Contrato Administrativo, RT, pág. 17.

2 Segundo Osvaldo A. B. Mello, "Contrato de Direito Público ou Administrativo", RDA vol. 88, pág. 17. "Na Alemanha, os autores que atualmente sustentam existir contrato de direito público, afirmam que tem o mesmo efeito jurídico do contrato de direito privado. Então, uma vez firmado, as partes a ele se sujeitam por todo o seu prazo, segundo o ajustado por elas, ante o princípio *pacta sunt servanda*. Trata-se de contrato público, proclamam, em virtude do seu objeto ser estranho aos próprios das relações entre particulares. Porém, em sendo contrato, o regime jurídico é igual ao de direito privado, e se rege pelas cláusulas com eficácia vinculativa para o futuro."

3 *ob. cit.*, pág. 16.

4 "Para a corrente negativista da admissibilidade do contrato nas relações de Direito público, os atos jurídicos por vezes capitulados de contrato mais não são do que a justaposição de dois atos administrativos - um que impõe a prestação, outro que concede a justa indenização" - Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo, pág. 575.

5 *apud* Forsthoft, Ernst, *Tratado de Derecho Administrativo*, pág. 374.

6 *apud* Forsthoft, Ernst, *ob. cit.*, pág. 374.

7 Também Fleiner, Fritz, *Les Principes Généraux du droit administratif allemand*, pág. 133, afirma que a opinião comum dos autores que negam a existência do contra-

to administrativo vê no contrato um título de direito privado, só possível entre sujeitos iguais.

8 Criticando esta posição afirma Brewer-Carias "fica claro que a mesma igualdade tão preconizada como base da instituição contratual do Direito Privado não é da essência dos contratos. Ali estão os contratos de adesão, no próprio Direito Privado, para desmentir tal afirmação" (pág. 07). No mesmo sentido Marcelo Caetano, *ob. cit.*, pág. 571 e segs.

9 "O direito alemão está longe de possuir a contrafigura correspondente aos contratos administrativos franceses", Forsthoft, Ernst, *ob. cit.*, pág. 377.

10 Segundo Forsthoft, Ernst, *ob. cit.* pág. 375, *en las leyes de expropiación se suele encontrar todo un género de contratos de Derecho público agrupados bajo la común denominación de contratos de expropiación. Se prevé en ellas la posibilidad de que las partes se pongan de acuerdo sobre la expropiación y la indenización una vez iniciado el procedimiento expropiatorio.*

11 Atribuem para a função pública, assim como para a concessão de serviço público, caráter formalmente contratual. É a posição de Forti, de Artur Lentini, de Santi Romano e de Mario Gallo. Conforme Osvaldo A.B. de Mello, *ob. cit.*, pág. 17.

12 Garcia de Enterría e Fernández, Tomas-Ramon, Curso de Direito Administrativo, pág. 598.

13 Garcia de Enterría, *ob. cit.*, pág. 600.

14 Eduardo Garcia de Enterría, *ob. cit.*, pág. 600.

15 O critério material do Serviço Público foi defendido pela Escola de Bordéus. Para Gaston Jèze, o grande personagem da Escola de Bordéus, todo o Direito Administrativo se explica como um Direito especial dos serviços públicos, composto de regras exorbitantes do Direito comum surgidas e impostas por e para a gestão dos serviços públicos. Neste sentido vide Enterría, *ob. cit.*, pág. 601. Como decorrência do critério substantivo do serviço público, o contrato administrativo não seria lei vinculada e irrevogável para uma das partes, para a Administração, a qual pode impor seu rompimento legitimamente em virtude de seu poder exorbitante de *jus variandi*, sendo o contrato, portanto, uma instituição essencialmente diferente do contrato privado.

16 Brewer-Carias, Allan R. "Evolução do Conceito de Contratos Administrativos" *in* RDP, vol. 51-52, pág. 12.

17 O Arrêt Peyrot de 08/07/1963 se relaciona a um contrato subscrito entre duas empresas privadas, uma delas a sociedade de economia mista concessionária da construção de uma autopista, a propósito de certas obras relacionadas com dita construção. Vide Enterría, Eduardo Garcia, *ob. cit.*, pág. 611

18 *ob. cit.*, pág. 385.

19 *ob. cit.*, pág. 384.

20 *ob. cit.*, pág. 384.

21 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, "Direito Administrativo", 3ª edição, págs. 193 a 196.

22 Na doutrina brasileira se posicionam neste sentido autores como Lúcia Valle Figueiredo (*in* RDP, vol. 90), que afirma: "inexistem contratos privados da Administração. Existem - isto sim - contratos da Administração Pública, ora sob maior influxo de regras de Direito Privado, ora sob maior influxo das regras de Direito Público". Também Manoel de Oliveira Franco Sobrinho - "no meu entender, apoiado pelas práticas administrativas, tanto faz falar de contratos administrativos, de contratos da administração, ou de contratos com a administração. Tudo se resume numa mesma figura de natureza diversa de antes da ação estatal" (*in* RDA, vol. 138, pág. 33 a 43).

23 Brewer-Carias, Allan R. "Evolução do Conceito de Contrato Administrativo", RDP 51,52, pág. 6.

24 Para o ente público, a competência.

25 Como por exemplo a necessidade de licitação prévia, somente dispensada em casos especiais.

26 Cretella Jr., *in* "Cláusulas de Privilégio nos Contratos Administrativos", RDP 76, pág. 12, crítica a denominação, "cláusulas exorbitantes" afirmando que "denominar, por exclusão, residualmente, de 'exorbitantes' ou 'derrogatória' determinada cláusula, é atribuir ao direito civil a posição de matriz do direito administrativo, ou, em outras palavras, é esquecer a categoria jurídica, que transcende os dois ramos e imaginar que o arquetipo ou referencial absoluto da árvore jurídica é o *jus civile*, passando toda construção jurídica a ser elaborada a partir deste importante e mais antigo ramo do Direito". Entretanto, esta é a denominação corrente das cláusulas de privilégio da Administração num contrato administrativo.

27 Elementos necessários de acordo com Marcelo Caetano, *ob. cit.*

28 De acordo com Couto e Silva, Almiro. Parecer CEEE x COEMSA.

29 Assim, Franco Sobrinho, Manoel de Oliveira, *in* "Os Contratos Administrativos na sua existência jurídico-positiva", RDA vol. 138, pág. 36, onde afirma "outro ponto para o qual chamo a atenção é aquele que se refere às chamadas cláusulas derogatórias ou exorbitantes. Não são tais cláusulas que caracterizam qualificando o contrato administrativo. (...) o fim, a finalidade, é o essencial na figuração, na conceituação".

30 Conforme Edmir Netto de Araújo, Contrato Administrativo, pág. 50: trata-se do "divisor de águas" entre o contrato de direito privado e o contrato de direito administrativo, que ainda suscita controvérsias entre os juristas (conforme Georges Vedel, *Remanques sur la notion de clause exorbitante*, *in* *Mélange Mestre*, Sirey, 1956, pág. 527), mas que permite reafirmar a posição de supremacia da Administração dentro do contrato, verticalizando o Estado em relação ao particular contratante e deixando claro que a Administração, ao contratar, não abdica de sua *puissance publique*, mas, ao contrário, dirige o contrato, fiscalizando os atos do contratante particular, aplicando-lhe penalidades, concedendo-lhe benefícios, determinando-lhe procedimen-

tos, enfim, impondo-lhes sujeições com fundamento no interesse público".

³¹ *apud* Franco Sobrinho, obra e página citados.

³² André de Labaudère, "Do poder da Administração para impor unilateralmente alterações nas cláusulas dos contratos Administrativos", RDA, 37, págs. 48 - 49.

³³ *ob. cit.*, pág. 49.

³⁴ Celso Antonio Bandeira de Mello - "Contrato Administrativo - Inadimplência do Poder Público" - RDA 94, págs. 284 a 286.

³⁵ André de Labaudère "Do Poder de Administração para ...", págs. 63 e segts.

³⁶ André de Labaudère, criticando a posição de doutrinadores que afirmam ser também esta prerrogativa apenas aplicável a alguns contratos administrativos, afirma: "Deve-se, portanto, considerar como princípio geral consagrado pela jurisprudência e não como regra particular a certos contratos e que seria fundada sobre as *praxes* próprias a esta ou àquela repartição pública, o direito, pertinente à administração, de cancelar, antes do término que pôde ser estipulado e apesar das cláusulas do contrato, a execução deste último." *ob. cit.*, pág. 50.

³⁷ "Os contratos da Administração Pública, RDA, vol. 179-180, pág. 83.

³⁸ Lúcia Valle Figueiredo, "Contrato Administrativo - Formalidades e Requisitos", *in* RDP, vol. 90, pág. 132.

³⁹ Neste caso afirmou o Comissário do Governo Léon Blum: "Em todo contrato de concessão está implicada, como um cálculo, a honesta equivalência entre o que se concede ao concessionário e o que se lhe exige. É o que se chama a equivalência comercial, a equação financeira do contrato de concessão" (*apud* Eduardo Garcia de Enterría, *ob. cit.*, pág. 654).

⁴⁰ Força maior seria o evento exterior, independente da vontade dos contratantes e impeditivo para a execução do contrato. Há, no caso, uma impossibilidade intransponível, daí porque libera o contratante de sua obrigação. Ex: Greve.

⁴¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *ob. cit.*, págs. 207 e segts.

⁴² Como exemplo cita-se, normalmente, a modificação de leis fiscais ou sociais, que agravam a situação do contratante.

⁴³ Francis-Paul Benoit, *Le Droit Administratif Français*, Paris, Dalloz, 1968, pág. 588, *apud* Couto e Silva, Almiro, Parecer CEEE x COEMSA.

⁴⁴ Windsheid criou o termo "pressuposição" (*voraussetzung*), definindo-o como um conceito que tinha como fundamento o fato de as partes contratantes fazerem depender o seu acordo, ainda que de modo tácito, da existência de certas situações" *apud* Clóvis V. do Couto e Silva, "A teoria da base do negócio Jurídico no direito brasileiro" pág. 8.

⁴⁵ Como bem sintetizou Clóvis V. do Couto e Silva, *ob. cit.*, "O sistema contratual, próprio às concepções

liberais do século XIX, da época em que se realizaram as grandes codificações do Direito Civil, tinha como valor supremo o princípio de autonomia da vontade. Colaborou também para adoção desse princípio, como fundamento único do direito contratual, o fato de as realizações econômicas serem estáveis, sem as grandes crises que começaram a se desenhar na primeira metade do nosso século. Por esse motivo, os códigos não inseriram, expressamente, outros conceitos limitadores da aludida autonomia, como o de cláusula *Rebus sic stantibus*."

⁴⁶ *apud* Couto e Silva, Almiro. Parecer CEEE x COEMSA.

⁴⁷ Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, pág. 318.

⁴⁸ Karl Larenz, *Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, *apud* Couto e Silva, Almiro, *ob. cit.*

⁴⁹ "Em 1963 já se admite ser aplicável a teoria da imprevisão, nas empreitadas de obras públicas para o reajustamento de preços, em determinadas circunstâncias", Judith Martins Costa, "A teoria da imprevisão e a incidência...", pág. 44.

⁵⁰ Arnaldo Wald, analisando a recente jurisprudência do Supremo Trib. Federal e a doutrina, conclui que "não há como deixar de reconhecer a aplicação no direito brasileiro da teoria da imprevisão." Curso de Direito Civil Brasileiro, Obrigações e Contratos, págs. 171 - 172.

⁵¹ Orlando Gomes, Transformações Gerais do Direito das Obrigações, 2ª ed., págs. 95 e segts; J.M. Othon Sido. A revisão judicial dos contratos, pág. 39 e 55. Assim também decisão do Tribunal de Justiça do RS (RT 630/176), relator Adroaldo Furtado Fabrício, que admitiu a revisão judicial do contrato em razão de modificações das condições econômicas causadas pela inflação, as quais haviam alterado a equação econômico-financeira do negócio jurídico, onerando excessivamente uma das partes.

A citada decisão efetuou, por outro lado, a distinção entre o que é previsível e imprevisível diante de um processo inflacionário, ou seja, entre o que pode e o que não pode ser levado em conta na avaliação da destruição da base objetiva do negócio jurídico e na aplicação da teoria da imprevisão: "Argumenta a apelante, esgrimindo lições doutrinárias respeitabilíssimas e quíça incontestáveis em tese, que a teoria da imprevisão não se pode aplicar à desmonetização, em quadro econômico como o brasileiro, porque a ocorrência de inflação é perfeitamente passível de ser prevista, sendo, aliás, corriqueiramente embutida no cálculo dos pagamentos futuros. Com efeito, o convívio prolongado com a inflação e os condicionamentos psicológicos que ela cria nos agentes econômicos rotiniza essa inclusão. A inflação, por certo, era e atualmente voltou a ser previsível quanto à sua ocorrência, a ponto de se fazer inserir em qualquer preço futuro, talvez com o exagero ditado pela ganância, uma previsão de desvalorização monetária. Entretanto, isso não significa, em absoluto, que os próprios índices sejam razoavelmente previsíveis. Se as condições reinantes em determinado

momento permitiam supor a permanência constante de uma determinada taxa de desvalorização nos meses futuros, não é de excluir-se, *a priori* e de modo absoluto, a imprevisão quanto aos índices. Por outras palavras, previsível era, por certo, a continuidade da inflação, o imprevisível nas circunstâncias de então era a disparada de espiral em ritmo tão descontroladamente ascendente, como veio a ocorrer"

⁵² *Ob. Cit.*, pág. 10.

Bibliografia

Araújo, Edmir Netto de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Ed. RT. 1987.

Caetano, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Vol. I, Ed. Almeida, Coimbra, 1984.

Brewer-Carias, Allan R. *Evolução do conceito de contrato administrativo*. RDP - Vol. 51-52, págs. 6 a 19.

Chaves, Marcos. *Contrato administrativo e suas Características*. RDP, Vol. 78, págs. 110 a 115.

Chase, Luís Enrique da Cunha. *Los Contratos de la Administración*. RDP. Vol. 59/60, págs. 37 a 45.

Costa, Judith H. Martins. *A Teoria da Imprevisão e Incidência dos Planos econômicos governamentais na relação contratual*. Revista dos Tribunais, Vol. 670, págs. 41 a 48.

Cretella, Jr., J. *As cláusulas de privilégio nos contratos administrativos*. RDP, Vol. 76, págs. 11 a 27.

Cretella, Jr., J. *Negócio Jurídico Administrativo*. RDP, Vol. 164, págs. 29 a 49.

Cretella, Jr., J. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1992.

Enterría, Eduardo Garcia de Fernández, Tomás-Rámon. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. Ed. RT, 1991, São Paulo.

Ferreira, Sérgio de Andréia. *O Reajustamento dos Preços Contratuais em face do Decreto-Lei nº 2.300*, RDA, Vol. 167, págs. 22 a 35.

Figueiredo, Lúcia Valle. *Contrato Administrativo Formalidades e Requisitos*, RDP, vol. 90, pág. 131 a 137.

Forsthoff, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958.

Franco, Sobrinho, Manoel de Oliveira. *Os contratos Administrativos na sua existência jurídico-positiva*, RDA, Vol. 138, págs. 33 a 43.

Labaudère, André de. *Do poder da administração para impor unilateralmente alterações nas cláusulas dos contratos administrativos*. RDA, Vol. 37, págs. 43 a 67.

— *Traité théorique et pratique des Contrats Administratifs*. Vol. I, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1956.

Larenz, Karl. *Derecho de obligaciones*. Trad. de Jaime Santos Briz, Madrid, 1956.

Lopes, Monica Sette. *Contrato administrativo*. RDP, vol. 85., págs. 161 a 171.

Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Contrato de direito público ou administrativo*. RDA, vol. 94, págs. 1 a 18.

Mello, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1991.

Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1991.

— *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Ed. RT, 1990.

Passos, Paulo Roberto da Silva. *Cláusula Rebus Sic Stantibus - Teoria da imprevisão*. RT, vol. 647, set/1989.

Pellegrino, Carlos Roberto. "Os contratos da Administração Pública". RDA, vol. 179-180 - págs. 68 a 91.

Oliveira, José Carlos Ferreira de. *A teoria da Imprevisão e os Contratos Administrativos*. RT, vol. 320, págs. 21 a 31.

Silva, Clóvis V. do Couto e. *A Teoria da Base do Negócio Jurídico do Direito Brasileiro*. RT - vol. 655, págs. 7 a 11.

Silva, Almiro do Couto e. Parecer CEEE x COEMSA.

Tello, Roberto. *La Teoria de la Imprevisión en los Contratos de Derecho Público*. Ed. Libreria Juridica, Buenos Aires, 1946.

Acordos de acionistas no Direito Brasileiro

Guiomar T. Estrella Faria

Professora de Direito Comercial da Faculdade de Direito da UFRGS
e da Escola Superior da Magistratura, Chefe do Departamento de
Direito Privado e Processo Civil - UFRGS

SUMÁRIO

Introdução; 1ª Parte: O acordo de acionistas no plano teórico; a) Histórico; b) Caracterização; 2ª Parte: O acordo de acionistas no moderno Direito Brasileiro; a) Natureza dos Acordos de Acionistas; b) Espécies de Acordos de Acionistas; c) Modalidades de Acordos de Acionistas; d) Conteúdo dos pactos do acionariado; e) Vantagens do acordo de acionistas sobre outros pactos de formação de controle: *holdings* e sindicatos de ações.

Abstract

The present paper studies the "Acordos de Acionistas" - shareholders' agreements - as they are regulated in the Brazilian Company Act of December 16, 1976. It is the outcome of a pre-eminently bibliographical research, due to the fact that it's subject is relatively new in our country's legislation, in spite of it's having been discussed for many decades now, since shareholder's agreements were introduced and became more and more important in companies' lives all over the country. Like other institutes in Commercial Law, shareholders' agreements were introduced in statute after having enjoyed widespread acceptance for along time: practice induced legislation.

In foreign Law these agreements, being strictly private and para-social contracts, do not have binding force except for the contracting shareholders, and are accordingly ignored by the company. Brazilian Company Act, in contrast, explicitly extends their effects to the company, provided that the document is deposited in its archives. Besides, Brazilian shareholders' agreements go farther than the institution of a voting trust, even if they do not amount the constitution of a holding company.

Introdução

No presente trabalho estamos nos propondo um exame dos Acordos de Acionistas das Sociedades por Ações.

Não nos vamos ocupar dos acordos de quotistas, embora já bastante comuns na nossa atividade - geralmente pactuados para harmonizar previamente grupos antagônicos, com participações societárias equivalentes, cujas vontades é necessário harmonizar, na votação dos grandes interesses sociais. Não os abordaremos porque sendo restrito o acesso aos Mercados de Capitais, aos títulos de emissão das *Companhias* abertas, as sociedades por quotas de responsabilidade limitada são de pequeno interesse para nossa disciplina *Instituições Financeiras*.

Nossa pesquisa foi, na sua essência, bibliográfica, pois o tema é relativamente novo na legislação, embora a discussão doutrinária lhe fosse anterior, já que, como geralmente ocorre com a denominada *matéria mercantil*, os fatos atropelaram o direito e assim esses acordos vinham sendo celebrados, há bastante tempo.

Parece-nos desnecessário insistir na importância desses pactos parassociais, de que pode depender a própria vida da sociedade a realização do seu objeto social.

Pretendemos não só caracterizá-los, como fixar os limites jurídico-legais à autonomia da vontade dos acordantes, reservando a tais institutos o seu verdadeiro papel de ativadores da vida e dos negócios das sociedades, e não de meros instrumentos de exercício do poder oligárquico de controladores.

1ª Parte

O acordo de acionistas no plano teórico

a) Histórico

A Regulamentação, através do artigo 118 e seus § §, da Lei nº 6.404/76, do Acordo de Acionistas, incorporou ao nosso sistema legal um instituto já conhecido do direito societário brasileiro.

Embora não previstas pelo Decreto-Lei nº 2.627/40, as convenções entre acionistas sobre o exercício do direito de voto e a alienação das respectivas ações ocorriam com certa frequência, dando origem a longas discussões doutrinárias.

Contra os mesmos foi alegada a violação da norma de ordem pública, que assegura aos acionistas o pleno exercício do direito de voto, o qual compreende também o direito ao debate prévio nas assembleias.

Segundo esse entendimento, o acordo que determinasse aos acionistas firmatários, como deveriam votar, cercearia o exercício do direito de debater as questões em assembleia¹.

Já outros consideravam apenas vedados os acordos permanentes, que implicariam renúncia definitiva ao direito de debater².

Outros autores entendiam, ainda, fazer parte do direito de voto, também o direito de dispor do mesmo, celebrando os acordos com outros acionistas. Também consideravam a hipótese de quebra do acordo, que acarretaria ao acionista apenas o dever de indenizar os demais por perdas e danos³.

De qualquer forma, os acordos continuaram sendo celebrados, instalando-se inclusive o costume de fazê-los arquivar pela companhia⁴.

Diante dessa realidade, optaram os autores do projeto - que resultou na Lei nº 6.404/76 - introduzir o instituto do acordo de acionistas naquele texto, e o fizeram como alternativa à *holding* e ao acordo oculto⁵.

Os comentaristas têm assinalado a importância da introdução do instituto no direito brasileiro, destacando-lhe, inclusive um papel *vivificador do direito acionário*⁶.

b) Caracterização

Segundo a maior parte dos autores, que, entre nós, se têm detido no exame desta categoria especial de negócio jurídico, os acordos de acionistas são contratos, já que resultam de deliberações de vontade e têm por objeto criar e/ou modificar relações jurídicas entre as partes acordantes, que se obrigam a cumprir o estatuído e adquirem, em razão do mesmo, o direito de, também reciprocamente, se demandarem o cumprimento ou as sanções ao inadimplente.

Já não é tão pacífica a qualificação civil ou comercial, o que, num primeiro momento, poderia parecer desprovida de interesse maior, já que, em princípio, as normas do direito civil, disciplinadoras das relações entre as partes contratantes, informam também os contratos comerciais, aplicando-se as normas comerciais, aos casos expressos, previstos nas leis específicas.

Esta qualificação - civil ou comercial - adquire relevância, no entanto, face a outra divergência doutrinária sobre serem esses pactos parassociais⁷ ou intra-societários⁸, pois é evidente que, sendo considerados intra-societários, seguem a qualificação da norma principal que rege a companhia, que é *sempre mercantil* (Lei nº 6.404/76, art. 2º, § 1º).

A despeito de toda a argumentação em contrário de autores com o peso e a autoridade de um Carvalhosa ou de um Compato, entendemos, como Lamy Filho e Bulhões Pedreira, que os Acordos de Acionistas integram o direito societário (pelo menos no direito brasileiro, como veremos mais extensamente na 2ª Parte deste trabalho).

Outra discussão travada na doutrina versa sobre a tipicidade ou não desses contratos.

Autores há que os consideram negócios perfeitamente tipificados em lei e também ali regulamentados⁹, enquanto outros os consideram uma categoria que compreende diversos negócios diferentes entre si¹⁰, não havendo nas normas que os regulam regras que os uniformizem, impondo característi-

cas próprias e lhes estabelecendo formalidades especiais, salvo o arquivamento, que não lhes altera a estrutura, nem modifica as relações entre as partes.

Partilhamos desta última posição.

Para convalidar as afirmações anteriores, basta-nos examinar as espécies de acordos assinaladas por todos os comentaristas e já noticiadas na doutrina estrangeira e no nosso direito anterior.

A maior parte dos autores distingue os acordos de acionistas em *acordos de bloqueio* e *acordos de comando*; aqueles seriam os que determinam o bloqueio ou proibição da venda das ações dos convenantes, enquanto os *acordos de comando* seriam os que fixam regras restritivas ao direito de voto, determinando como deverão os convenantes exercê-lo, em ocasiões e sobre matérias pré-fixadas.

Alguns autores ainda destacam a existência de *acordos consorciais*, quando os convenantes fixam objetivos coletivos ou comuns, por exemplo, o controle da companhia, enquanto outros acordos seriam de prestações, porque as estabeleceriam recíprocas, em direitos e obrigações entre as partes.

Só esta grande variedade de negócios, que podem ser objeto de acordos de acionistas, nos parece suficiente para descartar a *tipicidade* pretendida, pois cada um daqueles pactos terá regras próprias, distintas das que vierem a reger os demais.

Isto sem considerarmos que dificilmente encontraremos um Acordo de Acionistas que contenha apenas um só daqueles negócios, mas, bastante freqüentemente os tere-mos com objetivos de bloqueio, comando, consorciais e de prestações, num único convênio.

Também assinala a doutrina a distinção entre acordos unilaterais, bilaterais e plurilaterais.

Seriam unilaterais os acordos de acionistas que impusessem deveres ou restrições ao exercício de direitos para uma das partes convenantes, apenas, pelo que ficaria a outra parte beneficiada com tais restrições e imposições, dependendo da faculdade de

opção: ou seja, do grau de autonomia da vontade das partes obrigadas - principalmente do seu poder econômico - (tais acordos poderiam vir a ser anulados, em juízo, por vício de vontade do acordante e ainda abuso do poder econômico ou de posição dominante).

São *bilaterais os acordos que estabelecerem reciprocidade nas posições e interesses das partes convenantes*, pouco importando para tal caracterização o número de participantes de um ou de outro lado, pois o caráter bilateral é fornecido exatamente pela existência de blocos de acionistas, em dois pólos de interesses divergentes.

É importante esta caracterização, pois tais acordos vão seguir as regras dos negócios jurídicos bilaterais, com destaque especial para o inadimplemento, que no regime estatuído pelo artigo 118, § 3º, poderá levar à execução judicial específica das obrigações assumidas, não se resolvendo, portanto, simplesmente em perdas e danos, conforme a regra geral do direito civil.

Acordos plurilaterais, por sua vez, seriam aqueles, nos moldes da tradicional figura delineada por Ascarelli, para caracterizar o ato constitutivo das sociedades, decorrentes de um *somatório de vontades direcionadas a um mesmo fim*. Seriam típicos os acordos de acionistas para obtenção e conservação do controle das companhias.

Outro tema bastante discutido na doutrina diz respeito à natureza, a essência jurídica, desses acordos.

Autores há que os consideram constitutivos de verdadeira sociedade civil¹¹, a que faltariam, no entanto, o aporte de capitais e esforços, além de que as sociedades (pelo menos em nosso direito) são negócios jurídicos formais, que dão origem a um ente autônomo, dotado de personalidade jurídica própria - desde que inscritos no registro respectivo. Ora, os acordos de acionistas são informais, não há aportes de capitais nem de serviços, bem como não originam a criação de outra sociedade, anexa à companhia.

Por outro lado, o arquivamento na sede da companhia objetiva, apenas, tornar a

convenção *observável* pela sociedade, não tem o condão de substituir o ofício público registral, para os efeitos do artigo 18 do Código Civil.

Já para outros autores, o acordo de acionistas, embora não prefigurando o controle da sociedade, poderia ser considerado como associação, porque, como esta, não tem finalidade lucrativa¹².

Valem para a concepção associativa as mesmas objeções opostas à societária - pois, na verdade, em qualquer das duas hipóteses haveria o necessário aporte de esforços e recursos e um novo ente seria criado, o que não ocorre num acordo de acionistas.

Outra concepção assemelha os acordos de acionistas às sociedades controladoras ou *holdings*.

No direito europeu e no direito americano em que o acordo de acionistas (sindicato, naquele ou *voting trust*, neste) implica, ou transferência total das ações, ou de parte dos direitos a elas inerentes, para os dirigentes do sindicato ou *trustees*, dos *voting trust*, há uma maior aproximação da *holding* que, de qualquer forma, ainda é bem distinta, pelo seu caráter *permanente* e de controle total sobre a companhia, que tem as suas ações vinculadas ao sindicato ou *voting trust*.

De qualquer forma, o acordo de acionistas, mesmo com as características acima apontadas, que lhe foram dadas no direito estrangeiro, tem sobre a constituição da *holding* a vantagem incontestada de ser sempre temporário e ter objeto definido no instrumento negocial, não representando, portanto, o controle absoluto da sociedade.

No direito estrangeiro, os acordos, por serem negócios estritamente privados e parassociais, vinculam apenas os signatários, isto, nos países onde são tolerados, pois em alguns são considerados nulos, posição cada vez mais rara e bastante contestada na doutrina¹³.

Também há consenso na doutrina internacional que tais pactos devam ser celebrados por prazo determinado, para que não representem renúncia a direito essencial do

acionista, o voto, o que cominaria de ilicitude o seu objeto.

Em conclusão, podemos afirmar, com tranquilidade, a tendência, cada vez maior, na doutrina e na jurisprudência internacionais, a admitir a validade desses pactos, à medida que restrições vão cedendo à realidade do aumento considerável da prática dessas convenções. É o velho modo de formação consuetudinária do direito comercial, sempre presente, exercendo sua força geradora de normas, que acabam incorporadas em leis.

2ª Parte

O acordo de acionistas no moderno Direito Brasileiro

O legislador brasileiro de 1976 assumiu posição de vanguarda, face aos demais sistemas jurídicos vigentes, ao reconhecer expressamente a validade dos acordos de acionistas, estabelecendo normas reguladoras do instituto, no seu artigo 188 e §§.

Na exposição de motivos, assim se expressaram os redatores do Projeto:

"... modalidade contratual de prática intensa, mas que os códigos teimam em ignorar... figura jurídica da maior importância para a vida comercial... como alternativa à *holding* (solução buscada por acionistas que pretendem o controle pré-constituído, mas que apresenta os inconvenientes da transferência definitiva das ações para outra sociedade) e ao acordo oculto e irresponsável (de eficácia duvidosa em grande número de casos) cumpre dar disciplina própria ao acordo de acionistas..."¹⁴

Segundo os mesmos autores do projeto, apesar de inspiradas no debate entre os juristas estrangeiros e no estudo comparado das leis vigentes em outros países, as normas inseridas sobre o instituto, no direito brasileiro, apresentam características que devem ser examinadas para que possa ser compreendido, em toda sua extensão¹⁵.

Na verdade, os acordos de acionistas, no direito brasileiro, em relação aos similares,

do direito estrangeiro têm as seguintes características:

a) são expressamente reconhecidos e têm sua eficácia assegurada, tanto entre os convenientes, como pela própria companhia;

b) são incorporados aos demais institutos próprios da companhia;

c) não se resolvem em perdas e danos, como previsto no direito das obrigações para o inadimplemento, mas são passíveis de execução específica;

d) obrigam a companhia à sua observância, quando devidamente arquivados¹⁶.

Essas características apontadas levaram os dois autores do ante-projeto a assegurar ter a lei incorporado ao sistema acionário "um mecanismo complementar de organização da vida societária, válido e eficaz perante terceiros e a própria companhia¹⁷.

Já na vigência do Decreto-Lei nº 2.627/40, esses dois autores vinham publicando artigos e fazendo conferências em que propunham a adoção do instituto no direito brasileiro¹⁸, no que apenas seguiam a orientação dominante na doutrina, amplamente favorável às convenções de voto¹⁹.

Uma preocupação sobressaía no consenso de aceitação dos acordos de acionistas e está presente na maior parte dos autores, condicionando a validade dessas convenções aos interesses da companhia e, desde que não firam os direitos dos acionistas minoritários²⁰.

No Brasil, como no exterior, os costumes do acionariado, de certa forma, vieram a formar a opinião dos juristas e informar as decisões da jurisprudência, de que se logrou o acatamento do ante-projeto e das razões aduzidas na exposição de motivos, com aprovação pelo Congresso Nacional e sanção do Presidente da República, em 15 de dezembro de 1976, e, finalmente, entrada em vigor, em 17 de dezembro de 1976, da Lei nº 6.404, que, no seu artigo 118, rege as convenções entre acionistas, denominadas de *acordos de acionistas*.

Com essa promulgação, o direito brasileiro deixou para trás, definitivamente superadas, as discussões ainda hoje travadas, no direito estrangeiro sobre a *licitude*, a *va-*

lidade e eficácia e o *objeto* dos acordos de acionistas.

Passam a ter importância, apenas, as questões que dizem com a sua *natureza, espécies, formas, conteúdo, vantagens sobre outros institutos, condições de observância pela sociedade, acordos em companhias abertas e fechadas, prazos de duração, e execução específica das obrigações contratadas através deles*.

Esses os temas de que nos vamos ocupar daqui para diante.

a) *Natureza dos Acordos de Acionistas*

Os autores que fizeram estudos mais aprofundados sobre o tema divergem profundamente sobre se seriam negócios jurídicos parassociais²¹ ou intra-societários²².

A primeira concepção reúne maior número de apoiadores²³ e tem por fundamento o fato de que tais acordos são celebrados pelos acionistas, fora da companhia, e se regem pelas regras do direito comum, já que a sociedade não é parte, limitando-se apenas a observá-los, quando arquivados.

Pois é justamente na previsão legal (na lei societária), na obrigação da sociedade observá-los, quando arquivados, no exercício dentro da assembléia geral, dos direitos disciplinados pelos acordos, que os partidários da concepção intra-societária dos acordos se baseiam para vinculá-los ao direito que rege as sociedades.

Parece-nos sem sentido, no direito brasileiro, que regular o acordo de acionistas no corpo da lei das sociedades por ações, com a mesma precisão com que rege outros institutos do acionariado, como o *acionista controlador* ou a *convenção dos debenturistas*, negar às convenções entre os acionistas da companhia, o caráter de negócio societário.

Não se pode esquecer que toda a teoria da parassociedade, tão bem construída, principalmente pelo direito italiano²⁴, o foi sob ordenamentos jurídicos, nos quais a própria validade dos acordos era questionada e aqueles que efetivamente celebrados, à margem das sociedades e do direito, que as regia, eram, não somente acordos parasso-

ciais, como até, as mais das vezes, considerados anti-societários.

O direito brasileiro reconheceu a legitimidade dos acordos, garantiu sua eficácia entre as partes convenientes e até perante a companhia e terceiros, assim como regulou o exercício do controle, inclusive através de acordo de acionistas, direitos que são oponíveis aos demais sócios, dentro da sociedade, da mesma forma que os acordos de voto só podem ser cumpridos nas assembléias gerais da companhia.

Reforça o acima argumentado a seguinte afirmação de Fábio Konder Comparato:

"O direito de voto entende com o *próprio funcionamento da sociedade* por ações e constitui um *modo de atuação sobre o patrimônio social*"²⁵ (grifamos).

Também improcede o argumento de serem os acordos de acionistas estranhos ao direito societário, porque regidos pelo direito comum das obrigações, já que muitas outras relações jurídicas de direito societário também se regem pelo direito civil, pois este informa todos os negócios privados e até públicos. (capacidade das partes, licitude do objeto, formalidades prescritas para só lembrar os mais óbvios - são requisitos de qualquer negócio). Por outro lado, os princípios, que informam o direito das obrigações (autonomia da vontade, boa-fé, teoria da imprevisão, etc.) também são observados nos negócios societários.

Ainda o fato de ter a pessoa jurídica uma dinâmica própria, na sua ordem interna, que nada tenha a ver com o disposto no acordo de acionistas²⁶, não oferece sustentação ao argumento da parassociedade dos "acordos de acionistas", uma vez que no nosso direito, eles estão previstos e regulados, em sua maior parte na norma legal de que emana "a lei interna da sociedade" (estatuto) que no dizer de Carvalhosa "tem sua dinâmica própria"²⁷.

b) *Espécies de Acordos de Acionistas*

O direito brasileiro prevê, no *caput* do artigo 118, da Lei nº 6.404/76, duas espécies

de acordos de acionistas: as *convenções de voto* e as *convenções de bloqueio*.

As convenções de voto são aquelas pelas quais os acionistas se comprometem, prévia e formalmente, a votar da mesma forma, num determinado sentido, ou sobre certas matérias.

São também convenções de voto aquelas organizadas para garantir poder de decisão permanente nas assembléias, ou seja, o *controle* da sociedade (art. 116, *caput*).

As convenções de voto são as mais controvertidas dentre os acordos de acionistas: elas também são responsáveis pelo maior número de argumentos contrários à validade desses pactos, porque "representariam o cerceamento do exercício de direito essencial de acionista".

Ora, tais direitos não podem ser objeto de convenção que restrinja seu exercício (art. 109, *caput*). Em razão desse dispositivo, que incorporou princípio tradicional do direito societário, entendem certos autores serem inválidos os acordos de acionistas, com convenções de voto, uma vez que o direito ao voto compreenderia direito ao debate prévio, em assembléia, o que não ocorre com o acordo, já de antemão, regulamentado.

Mesmo na vigência do Decreto-Lei 2.627/40, isto é, antes do reconhecimento legal dos acordos de acionistas, já a doutrina concluíra que nulas seriam, apenas, as cláusulas que importassem em *renúncia definitiva ao direito de voto*²⁸.

Também tiveram sua validade discutida os acordos de voto para garantir o controle da companhia²⁹, sob a alegação de, eventualmente, cercearem os direitos dos minoritários³⁰, ou estabelecerem controles abusivos.

Nesta hipótese, já não se cogita apenas da ofensa à lei especial, porquanto a lesão a direito alheio, implicando no dever de indenizar, ensejaria a aplicação do direito comum e ação de apuração das perdas e danos.

Além das convenções de voto, os acordos de acionistas podem conter convenções de bloqueio, sobre a compra e venda de ações e/ou a renúncia à preferência para subscrever ou adquirir ações.

É mais pacífica a doutrina quanto a esta espécie de acordos, até porque sendo da natureza das companhias a livre negociação das ações, ninguém contestaria estivesse contida, nesta liberdade maior, a faculdade menor de transacionar sobre tal negociação. Não podem, por outro lado, as partes esquecer, na celebração dessa espécie de acordos, que os bloqueios, nas companhias fechadas, deverão atender ao disposto no artigo 36 da lei societária, enquanto nas companhias abertas, uma vez que o disposto no artigo citado, restringindo às companhias fechadas o direito de reduzir a circulação das ações, parece vedar esses acordos às companhias abertas. No entanto, alguns autores entendem que as disposições do § 4º do artigo 114, retirando as ações do mercado, praticamente admite tais acordos, também, nas companhias abertas.

Poder-se-ia alegar estivesse o legislador neste dispositivo a referir-se a outras espécies de acordos, e não ao de bloqueio. Prevalecerá sempre sobre tal conjectura o argumento de que *ubi lex non distiguit...*

Certamente foi esse o raciocínio que levou Carvalhosa a afirmar serem tais acordos

"Modalidade legítima de contornar a proibição legal de constar do estatuto limitação dessa ordem"³¹.

c) Modalidades de Acordos de Acionistas

Os acordos de acionistas poderão ser *unilaterais*, *bilaterais*, ou *plurilaterais*, isto é, quanto à posição assumida pelas partes convênientes, em direitos e obrigações, reciprocamente, assim como em qualquer outro pacto ou contrato.

São *unilaterais* os acordos que estabelecem compromissos a uma única das partes - como por exemplo, a preferência estatuída no acordo oferecida pelo controlador aos minoritários, para aquisição das ações de controle, ou vice-versa.

São *bilaterais* os acordos sinalagmáticos, com obrigações e direitos firmados entre as partes, em recíprocas verdadeiras - relações biunívocas - por exemplo, se na hipótese

anterior houvesse também obrigação dos signatários minoritários de oferecerem suas ações ao controlador e vice-versa.

Finalmente serão *plurilaterais* os acordos em que todas as partes objetivam e se obrigam a votar no sentido de proteger, buscar ou manter certas prerrogativas: controle, proteção das minorias, etc.

d) Conteúdo dos Pactos do acionariado

A Lei nº 6.404/76, no seu artigo 118, ao disciplinar os acordos, estabelece, em linhas gerais, que tais pactos versarão sobre *compra e venda de ações, preferência para adquiri-las e direito de voto*.

A lei societária não especifica, mas é óbvio que, sendo um negócio jurídico, o acordo de acionistas está sujeito às normas gerais do artigo 82 do Código Civil, requerendo *agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei*.

Vamos examinar, embora com a brevidade requerida, cada uma dessas exigências legais:

Agente capaz - não sendo sociedades de pessoas, as companhias podem ter, em seus quadros acionários, menores púberes e até impúberes, que, ou serão assistidos, ou simplesmente representados, por seus pais ou tutores, no exercício dos seus direitos sociais, os quais gerem seus patrimônios, em decorrência do *munus* ou do *pátrio poder*. Estariam tais deliberações, quaisquer delas, compreendidas nos poderes de gestão do *bonus pater familiae*? Nossa jurisprudência tem sido rigorosa, no sentido de exigir *alvará judicial* para alienações patrimoniais vultosas - principalmente de imóveis -; entendemos que, se tais acordos implicarem possibilidade de prejuízo substancial ao patrimônio dos menores - mesmo em se tratando de bens móveis, como as ações - seria prudente - para obviar os prejuízos, não só aos menores-acionistas, mas também, aos demais e à própria companhia, pela eventual nulidade do negócio - fosse o mesmo cercado de todas as precauções, não só jurídico-legais, como econômicas.

Quanto à *licitude do objeto* - é preciso não esquecer que se trata de negócio vinculado à sociedade, não podendo, portanto, conflitar com o objeto social da companhia, mais ainda, deverá propiciar-lhe melhores condições de efetivação. Também não pode, evidentemente, o acordo consagrar *abusos do direito*, nem dos controladores, nem dos minoritários.

Também são unânimes os autores, no sentido de que o objeto do acordo seja completamente definido, inadmitindo-se acordos genéricos, bem como acordos que contenham *prestação de verdade*, como por exemplo, compromisso de aprovar contas.

São óbvias essas vedações, uma vez que restrições ao exercício de direitos devem ser explícitas e claras, para não importarem em renúncias, nulas de pleno direito.

Quanto à forma, embora a lei não a prescreva, é presumida a *obrigatoriedade da forma escrita* para os efeitos do caput do artigo 118.

e) Vantagens do acordo de acionistas sobre outros pactos de formação de controle: "holdings" e sindicatos de ações

Os acordos de acionistas, como bem propuseram os autores do ante-projeto, representam uma forma intermediária entre a *holding* e os acordos informais³², e ainda apresentam outras vantagens.

Acordos de acionistas e holding - constituem as sociedades controladoras ou "*holdings*" pessoas jurídicas comerciais, não necessariamente sociedades por ações, que detêm em outras sociedades, denominadas controladas, participações acionárias, que lhes garantem, nos termos do artigo 116 da Lei nº 6.404/76, o *controle* da companhia.

Já da própria noção de *holding*, transparece a maior vantagem dos "acordos de acionistas" sobre aquela, que é a transferência da propriedade das ações dos contratantes, para a pessoa jurídica controlante, o que não ocorre na simples convenção de voto, quando, apesar de todas as cláusulas limitativas, o voto e outros direitos de sócio são

exercidos pelos próprios acionistas firmatários.

Ainda é importante destacar que a constituição da sociedade *holding* vai representar para os acionistas, desejosos de conservar o controle da S/A em mãos de grupo definido, um montante de despesas com registros, publicidade, pessoal - mesmo que não se dê à *holding* a forma jurídica da companhia - que um simples acordo de acionistas não irá gerar.

Ainda é interessante acentuar as vantagens dos acordos de acionistas sobre os *sindicatos de voto* - do direito europeu continental - e os *voting trusts* - do direito anglo-americano - embora estes institutos não sejam comuns no direito brasileiro, já que não previstos em lei; ficando, portanto, na esfera da autonomia da vontade das partes.

Os acordos de voto com constituição de mandatário - *sindico* ou *trustee* - para exercer aquele e outros direitos dos acionistas - têm sido alvo de severas críticas da doutrina, pela dissociação entre o exercício dos direitos às mesmas inerentes e a propriedade das ações, durante o prazo determinado no acordo.

Ora, nos acordos de acionistas do direito brasileiro, não foi prevista a figura do executor do acordo, embora não esteja proibida³³, como também não é proibida a delegação do exercício do direito de voto, (art. 126, § 1º), desde que não seja em caráter permanente. O dispositivo, aqui mencionado, estabelece o prazo-limite para acordos de acionistas, que, eventualmente, envolvessem a transferência do direito de voto.

Tais convenções, afora a desvantagem de constituírem *agentes fiduciários* de acionistas, não-previstos na lei, ainda trariam aos convênientes, afora a desvantagem da transferência do exercício de voto, a necessidade de refazer anualmente os pactos.

f) Prazo de Duração

Embora a lei não fixe prazos-limites para a duração dos *acordos de acionistas*, é contrária a toda tradição do nosso direito a vinculação perpétua ou de muito longa dura-

ção, principalmente quando a avença firma a representante cerceamento ao exercício de direitos (voto, disposição do patrimônio e outros correlatos).

Pactuados por prazo indeterminado, estarão sujeitos às normas gerais dos contratos: podem ser denunciados por qualquer das partes.

No direito estrangeiro existem parâmetros, indicados pela tradição, que fazem oscilar esses prazos entre 03 (três) e 10 (dez) anos, e ainda a orientação de que sejam os prazos inscritos nos contratos, para evitar as denúncias unilaterais³⁴.

g) Execução Específica das Obrigações oriundas dos Acordos de Acionistas

O artigo 118 da Lei nº 6.404/76 prevê, no seu § 3º, a execução específica das obrigações assumidas, nos termos dos artigos 632 a 641 do Código de Processo Civil.

Não é simples a solução apontada pelo legislador, embora objetivasse o cumprimento do estipulado no contrato - o que não ocorreria na solução apontada na tradição do nosso direito a equivalência indenizatória³⁵ - pois, como bem destacam os comentaristas, avenças há, que, em razão da natureza das obrigações, que delas se originam, e da especificidade das respectivas prestações, não podem ser objeto de execuções específicas³⁶.

Estão neste caso os acordos de bloqueio que têm por objeto a preferência na subscrição de ações, pela simples razão de que a prestação só se tornaria exigível no momento em que houvesse oferta de ações.

Já no contrato de opção - verdadeiro pré-contrato, já existe promessa unilateral formal, do ofertante, de dispor das ações, se a outra exercer a opção.

Neste caso, pode ser exigido o cumprimento através da execução específica (CPC, art. 639).

No caso do acordo de votos, será obtida a execução, através da prestação jurisdicional substitutiva da vontade do inadimplente, nos termos do artigo 641 do Código de Processo Civil.

O título executivo será a ata da assembleia geral, comprobatória do inadimplemento do acionista, que violou a convenção.

Nem todas as questões que se possam originar do acordo de acionistas, é óbvio, ficarão resolvidas no processo de execução: as questões de direito material relativas a fundo e forma do convênio, validade, legitimidade de partes, etc., sempre poderão ser argüídas e questionadas pelas vias ordinárias.

A discussão de todas as hipóteses excederia às dimensões genéricas propostas a este trabalho.

Conclusão

Os Acordos de Acionistas, introduzidos formalmente no direito brasileiro pela Lei nº 6.404/76, num pioneirismo sem precedentes, na história do moderno direito societário, pelas vantagens oferecidas, principalmente na organização e manutenção do controle acionário estão "entre aqueles negócios que o nosso ordenamento jurídico reconhece, por reputar sua função como socialmente transcendente e digna de ser protegida"³⁷.

Apesar da recepção positiva, por parte de juristas - tanto na doutrina como na jurisprudência - bem como no meio dos negócios, isto é, do próprio empresariado, não perderam ainda as convenções de voto o seu caráter de instituto novo, que se vai adaptando às instituições vigentes e também às mudanças das estruturas econômicas, em que vão ser implantados e instituídos.

Estas considerações são suficientes - poderiam ser alinhadas outras tantas - para evidenciar que, a todo momento, estarão surgindo novas questões que fazem dos Acordos de Acionistas um tema permanente de pesquisa, ao qual estarão, certamente, voltando os estudiosos.

Notas

¹ Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, *Sociedade por Ações*, (5 vol.), II vol., Saraiva, São Paulo, 1972, págs. 354 e segs.

² Trajando de Miranda Valverde, *Sociedade por Ações*, 2ª ed., vol. II, Forense, Rio, 1953, págs. 58 a 63.

³ Pontes de Miranda, *Tratado*, vol. 50, págs. 302 e segs. e págs. 395 e segs.

⁴ Modesto Carvalho, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, (4 vol.), 4ª vol., Saraiva, São Paulo, 1977, págs. 140 e 141.

⁵ Lei nº 6.404/76, Exposição de Motivos, Seção V.

⁶ Fábio Konder Comparato, *O Poder de Controle da Sociedade Anônima*, 3ª ed., Forense, Rio, 1983, (pág. 176).

⁷ V. Modesto Carvalho, *op. cit.*, pág. 149 e segs.; idem, idem *Acordo de Acionistas*, Saraiva, São Paulo, 1984, pág. 37; tb. Fábio Konder Comparato, *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio, 1981, pág. 76.

⁸ Alfredo Lamy Filho, José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, Renovar, Rio, 1992, págs. 515 e seguintes.

⁹ Celso de Albuquerque Barreto, *Acordo de Acionistas*, Forense, Rio, 1982, pág. 37.

¹⁰ Lamy Filho e Bulhões Pedreira, *op. cit.*, pág. 513.

¹¹ Joaquim Garrigues e Rodrigo Uria, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Ed. Aguirre, Madri, 1976, vol. I, pág. 665.

¹² V. Antonio Pedrol, *La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones*, Ed. Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1969, pág. 39; v. tb. Gastone Cottino, *Le Convenzione di Voto nelle Società Commerciali*, Giuffrè, Milano, 1958, pág. 203.

¹³ O direito francês passou do Decreto-lei de 31.08.1937, que os considerou nulos, a admitir sua validade, caso a caso (art. 505 da Lei nº 66.537, de 24.08.1966). Movimento semelhante ocorreu na Itália, na vigência do Código di Commercio, unanimidade contra validade; após a unificação de 1942, jurisprudência e doutrina cada vez mais favoráveis; Alemanha, Suíça, Áustria - favoráveis; Portugal e Espanha, contra e doutrina, aos poucos, favorável; Inglaterra e Estados Unidos favoráveis, México e Bélgica, contra; Amandio Anes de Azevedo, *Sindicato de Votos*, Livr. Athena, Porto, 1974, págs. 5 a 25.

¹⁴ *Lei das Sociedades por Ações e do Mercado de Valores Mobiliários*, org. por Walter Paldés Valerio, Ed. Sulina, Porto Alegre, 1977, pág. 49.

¹⁵ Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, *A Lei das S.A.*, Renovar, Rio, 1992, pág. 514.

¹⁶ Lamy Filho e Bulhões Pedreira, *op. cit.*, págs. 515-6.

¹⁷ Lamy Filho e Bulhões Pedreira, *op. cit.*, pág. 516.

¹⁸ V. Lamy Filho, *Rev. de Direito Mercantil*, nº 7, págs. 23 e segs., v. tb. idem, idem, *Rev. Forense*, Jul/Set 1973, v. 243, págs. 37-42.

¹⁹ V. Valverde, Cunha Peixoto, Pontes de Miranda, *op. loc. cit.*, notas 1, 2 e 3. Poderíamos alinhar outros tantos autores com posição idêntica e dezenas de decisões.

²⁰ V. Valverde, *op. loc. cit.*

²¹ Carvalho, *Acordo de Acionistas*, cit. pág. 31.

²² Lamy Filho e Bulhões Pedreira, *op. cit.*, pág. 511.

²³ V. Comparato, *Novos Ensaios*, pág. 75; Egberto Lacerda Teixeira, José Alexandre Tavares Guerreiro, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, Buschatsky Ed., São Paulo, 1979, págs. 303 e segs.

²⁴ Carvalho (*Acordos de Acionistas*) menciona e se apóia na argumentação de Giorgio Oppo.

²⁵ Comparato, *Novos Ensaios*, cit. pág. 81.

²⁶ V. Carvalho, *Acordo*, cit. pág. 43.

²⁷ Carvalho, *Acordo*, cit. pág. 43.

²⁸ Valverde, *op. cit.*, pág. 61.

²⁹ Também denominados "Acordos de mando".

³⁰ Carvalho, *Comentários*, cit. pág. 150.

³¹ *Acordos*, cit. pág. 143.

³² Lei das S.A., cit. loc. cit. nota 14.

³³ Carvalho, *Acordo de Acionistas*, cit., pág. 109.

³⁴ Carvalho, *Acordos*, págs. 200 a 204.

³⁵ José Alexandre Tavares Guerreiro, *Execução Específica do Acordo de Acionistas*, in R.D.M., São Paulo, 1981, nº 41, págs. 40 e segs.

³⁶ Carvalho, *Acordo*, págs. 259-260.

Bibliografia

- Azevedo, Amândio de; *Sindicatos de Voto*, Livr. Athena, Porto, 1974.
- Barreto, Celso de Albuquerque; *Acordo de Acionistas*, Forense, Rio, 1982, (91 págs.).
- Bataller, Carmen Alborgh; *El Derecho de Voto del Acionista*, Ed. Tecnos, Madrid, 1977.
- Carvalho, Modesto; *Acordo de Acionistas*, Saraiva, São Paulo, 1984, (279 págs.).
- Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 4ª vol., Saraiva, São Paulo, 1977, (313 págs.).
- Comparato, Fábio Konder; *Direito Empresarial*, Saraiva, São Paulo, 1990, (págs. 174 a 180).
- Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Forense, Rio, 1981, (págs. 52 a 87).
- O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, Forense, Rio, 1983 (págs. 176 a 195).
- Cottino, Gastone; *Le Convenzioni di Voto nelle Società Commerciali*, Dott. Giuffrè, Milano, 1958 (302 págs.).
- Fares, Felix Santiago; *La Sindicación de Acciones*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1963, (107 págs.).
- Lacerda Teixeira, Egberto e José Alexandre Tavares Guerreiro; *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, José Buschatsky Editor, 2ª vol., São Paulo, 1979.

Lamy Filho Alfredo e José Luiz Bulhões Pedreira; *A Lei das S/A*, Renovar, Rio, 1992, (885 págs.).

Leães, Luiz Gastão Paes de Barros; *Comentários à Lei das S/A*, 2ª vol., Saraiva, São Paulo, 1978 (5 vols.).

Martins, Fran; *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, vol. 2, tomo I, Forense, Rio, 1978, (págs. 113 a 129).

Oppo, Giorgio; *Contratti Parasociali*, Ed. Dottore Francesco Vallardi, Milano, 1942, (166 págs.).

Pedrol, Antonio; *La Anónima Actual y la Sindicación de Acciones*, Ed. Rev. de Dir. Priv., Madrid, 1969.

Peixoto, Carlos Eugênio da Cunha; *Sociedade por Ações*, 2ª vol., Saraiva, São Paulo, 1972, (págs. 352 a 355).

Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, vol. 50, Borsoi, Rio, 1965, § 5.314, págs. 239 a 249.

Valverde, Trajano de Miranda; *Sociedades por Ações*, II vol., (3 vols.), Forense, Rio, 2ª ed., 1953 (págs. 59 a 63).

A norma jurídica como modelo

Publicado originalmente no Recueil Dalloz 1990, Chronique, Paris, p. 199.

Antoine Jeammaud

Professor da Universidade Jean Monnet

Saint Etienne - França

Tradução de Fernando Herren Aguillar

Publicação nesta Revista autorizada pelo tradutor

1. A norma jurídica é uma "regra de conduta nas relações sociais, geral, abstrata e obrigatória, cuja sanção é assegurada pelo poder público"¹. Quer se adote tal definição, quer se prefira uma variante que valorize sua vinculação a um tipo de "ordens", "comandos", "imperativos" ou ainda de "diretivas", não se contesta muito que toda regra jurídica tem por objeto uma conduta, que ela mesma impõe, proíbe ou permite. No seu campo de validade, toda ordem jurídica repartiria as ações humanas entre lícitas (prescritas, positivamente permitidas ou indiferentes) e ilícitas (ações proibidas ou abstenções de fazer o que é prescrito). Pouco importa que essa repartição de acordo com um código binário possa ser importunada pelo sentimento de um "vazio jurídico", que torna incerto o estatuto de um comportamento que se desejaria fosse explicitamente comandado, proibido ou autorizado. Essa concepção das normas jurídicas e de uma relação com as ações releva desse "senso comum teórico dos juristas"², que fornece a matéria comum da maior parte das obras e ensinamentos de introdução ao direito. Ela é recebida ou confirmada por inúmeras produções de teoria ou filosofia do direito, a começar pelo normativismo jurídico kelseniano. Os sociólogos que se interessam pela presença do direito nas relações sociais parecem se acomodar a essa situação, ou até mesmo fazem dela o pressuposto de uma noção demasiado sumária da efetividade (os comportamentos conformes) ou da inefetividade (os comportamentos violadores) das normas. Preocupados em desvendar as fun-

ções sociais do direito no coração de um modo de produção gerador de desigualdades e de dominação, os enfoques críticos não se inquietam muito em relação à sua pertinência. É verdade que, se ninguém mais denuncia no direito a vontade mascarada da classe dominante ou uma pura variedade de violência, esta visão da norma jurídica como preceito de conduta pode facilitar a demonstração de sua vocação para garantir e legitimar uma ordem social estabelecida, sempre a serviço de algumas mudanças desejadas pelos detentores do poder.

Gostariamos, contudo, de convencer da necessidade de rejeitar essa definição. Ela peca pelo simplismo e irrealismo ao mesmo tempo. Nossa convicção é a de que se uma ordem jurídica como o direito estatal francês de nosso tempo se apresenta de início como um conjunto de normas, estas não constituem todas, bem ao contrário, regras de condutas. Trata-se no máximo de regras para ações. É nisso que elas pertencem ao gênero de normas éticas, e não em razão daquilo que seria necessariamente seu objeto³.

2. A ambição deste questionamento parece de início limitada. Não se pretende fornecer resposta exhaustiva à questão "o que é uma norma jurídica?", mas apenas mostrar a inadequação à experiência mais banal de uma definição recebida por juristas, teóricos e filósofos do direito de diversas obediências. Este questionamento se quer modesta contribuição a essa forma de polifonia que é naturalmente a prática da teoria do direito, à medida em que esta

última pretende menos descobrir a verdade do direito que propor conceitos úteis a um progresso contínuo na sua compreensão.

Assim, não cremos que a elucidação da vocação específica das disposições convencionalmente dotadas de "valor normativo" se vincule necessariamente aos debates contemporâneos sobre a ontologia do direito. Qualquer que seja a posição preferida a esse respeito⁴, a questão "o que é uma norma jurídica?" deveria continuar pertinente para quem admita que a Constituição, os códigos, leis, decretos, etc., têm algo a ver com o direito, mesmo se eles não o constituam em si mesmos e mesmo se o direito a eles não se limite. "Duvidar que o direito (qualquer que seja sua concepção) compreende regras e que estas sejam um dos aspectos salientes do direito, pareceria por demais violentamente contrário à experiência comum"⁵.

Nossa rejeição da concepção "deontica" geralmente aceita se relaciona à experiência de uma sociedade estatal como a nossa. Nada autoriza com efeito a pretender que a normatividade seja da essência do jurídico, portanto que a existência de regras objetivadas e pré-postas é preponderante a ponto de tornar inconcebível um modelo jurídico carismático⁶. Assim, ela não implica posição particular sobre o delicado problema das fronteiras da juridicidade, supondo-se a intenção de formulá-lo, de maneira útil, sobre a base de uma hipótese razoável de um pluralismo jurídico que não condene ao perecimento, seja no panjurismo, seja num completo relativismo⁷. Ela não ordena mais determinada posição nas discussões sobre as funções do direito - para que e para quem serve o direito numa dada sociedade? - cuja elucidação permanece o objetivo primordial das posturas críticas face ao que se pode chamar "ideologia jurídica dominante". No entanto, a distância que a rejeição da visão deontica conduz a adotar com relação à representação corrente de um direito enquadrando estritamente as ações e tomando de qualquer modo cada um de seus sujeitos pela mão, encaminha a uma compreensão mais realista do *modus operandi*

di desse direito no quotidiano. O "rigor da lei" se encontra relativizado nesse aspecto e se pressente mais claramente a variedade de vias dessa "construção" que a própria idéia de lei evoca. Também nisso a tese muito parcial que vai ser exposta inspira a desconfiança em relação a toda teorização radical da sistematicidade do direito e incita a preferir, sem dúvida graças a alguns remendos, o recurso ao paradigma do jogo⁸. Ela deve, no mínimo, suscitar resguardos quanto a uma compreensão de tipo organicista ou teleológica da *regulação* social para a qual concorre o direito e de sua maneira específica de dela participar⁹.

3. Falaremos indiferentemente de regra ou norma jurídica. A extrema dispersão das distinções propostas entre os conceitos que esses dois vocábulos respectivamente designariam recomenda que se atenha ao uso terminológico mais difundido. Para alguns, normas e regras constituem duas categorias diferentes, mas o acordo cessa quando se trata de precisar o gênero e a espécie. Outros vêem na norma antes uma componente de toda regra. É questão de convenção¹⁰. Se parece oportuno tomar como sinônimas as expressões "regra de direito" e "norma jurídica", não convém desconhecer, por outro lado, a distinção essencial entre regras e decisões. Não acompanharemos os autores que reagrupam estas duas espécies num gênero das "normas"¹¹. Tal opção terminológica poderia contudo se prevaler de uma analogia parcial de uso da regra (ou norma) e da decisão. Esta última, da qual se encontram numerosas variedades na vida do direito (dispositivo de um julgamento, nomeação, mas também disposição ab-rogatória situada numa lei ou disposição sobre a aplicação de uma lei no tempo, edição uma transferência de propriedade ou de capital inscrita numa lei de nacionalização, anistia editada numa lei, etc), é certamente um ato tendente a modificar pontualmente a situação ou o objeto que ela afeta e ela se esgota nessa intervenção¹². Seus efeitos, não obstante, se revelam duráveis, pois enquanto ela não for neutralizada, é possível a ela se referir para determinar a configuração ou o "valor" ju-

rídico da situação que ela regulou: tal pessoa deve ou não indenização a tal outra? Tal ato privado ou público permanece válido ou foi anulado? Qual é o titular de tal função?

O uso da decisão é então análogo ao de uma regra.

4. A norma é de fato uma espécie de modelo: é de sua vocação a servir de referência para o fim de determinar como as coisas devem ser que um enunciado retira sua significação normativa, e não de um pretensão conteúdo prescritivo, proibitivo ou permissivo de uma conduta. Cuidaremos de oferecer as devidas explicações a esse respeito (I), "em seguida examinaremos em que medida ou em que sentido as normas jurídicas, identificadas como modelos para os objetos os mais diversos, apresentam os caracteres que tradicionalmente se lhe atribuem (generalidade, obrigatoriedade, presença de uma sanção) (II).

I - Uma compreensão instrumental da normatividade jurídica

Razões não faltam para se abandonar a representação corrente das normas jurídicas como regras de conduta (A), e de compreendê-las - portanto, também, de identificá-las - como modelos ideais para os objetos mais variados (B).

A - As tibiezas de uma concepção deontica

5. Definir a norma jurídica como uma regra (obrigatória) de conduta, é necessariamente postular que ela sempre tem por objeto um comportamento, uma ação. Os especialistas da lógica jurídica confirmam essa visão, pelos menos aqueles que vinculam esta disciplina à lógica das normas (ou à lógica deontica), porque a seus olhos a lógica formal, dedutiva, governa no essencial a argumentação jurídica¹³, ao contrário do que sustentam os antiformalistas, mais sensíveis ao lugar da lógica da persuasão, da retórica. Com efeito, as demonstrações dos primeiros apóiam-se sobre proposições do

tipo "x deve fazer a", ligando um nome de sujeito (x) a um nome de ação (a) por um "functor proposicional normativo". Desse functor depende a natureza da regra - norma prescritiva ("deve fazer") proibitiva ("não deve fazer") ou permissiva ("pode fazer") - que pode no entanto ser significada por expressões do gênero "é obrigatório ou proibido ou permitido fazer a".

Ora, os enunciados que compõem o Código Civil, o Código Penal, a Constituição, as leis, não revestem sempre, bem ao contrário, essa forma pretendidamente canônica das proposições normativas. Ninguém duvida no entanto que elas signifiquem normas jurídicas. A onipresença do "indicativo" na linguagem do direito suscitou controvérsias e tentativas de interpretação. Para Michel Villey, as inúmeras "disposições sob forma enunciativa" correspondiam à autêntica linguagem do direito: é verdade que se o direito reside, como pretendia esse autor, no "justo objetivo, real", trata-se de uma simples constatação. Para a maior parte dos protagonistas desta discussão, ao contrário, conviria distinguir a linguagem na qual se exprime de fato "o legislador" e a linguagem normativa: se aquele não se vale sempre desta última, é lícito deduzir preceitos legais de verdadeiras proposições normativas, ou, melhor, de reconstruir a partir deles os encadeamentos de normas¹⁴. A elaboração de sistemas informatizados de auxílio à decisão jurídica ou judicial conduz hoje alguns especialistas a convir uma análise automática dos textos legislativos que passa igualmente por uma reconstituição das fontes do direito, postulando uma intensa presença de enunciados que ligam a um antecedente combinando diversamente as condições jurídicas, as conseqüências, seja sob forma de estatuto jurídico, seja sob forma de permissão, de proibição ou obrigação de ações humanas possíveis¹⁵.

Se ela se torna sistemática, tal tradução pode ser admitida sem traição ou empobrecimento do sentido dessas disposições que são a linguagem fenomênica do direito contemporâneo? Por exemplo, é claro que existe no reconhecimento ou atribuição de um

direito subjetivo bem mais que a autorização de uma conduta determinada: é uma habilitação garantida para desempenhar ou não atos jurídicos ou materiais cuja enumeração exaustiva seria freqüentemente inconcebível. É o caso da propriedade ou do direito de cada um a sua vida privada (liberar ou deixar captar ou difundir informações sobre sua vida privada releva do exercício desse direito, e não significa de modo algum renúncia à sua titularidade)! Quem não percebe quão redutora seria a tradução sistemática de todas as disposições legislativas de que resulta hoje a atribuição de uma prerrogativa jurídica (direito, poder) em proposições construídas por meio de um functor "pode fazer" ou da expressão "é permitido fazer" e do nome de uma ação determinada? Observa-se às vezes que o direito é "imperativo-atributivo" e, não importa o que pensemos a respeito no plano filosófico ou político, o direito subjetivo resistiu aos ataques de seus detratores. Os tempos são mesmo os da profusão dos direitos, ainda que eles não tenham uma igual consistência ou uma idêntica eficiência no jogo jurídico. O que chamamos hoje o direito objetivo faz uso aqui de um procedimento de gerenciamento, enquadramento e reprodução das relações entre seus "sujeitos", cômodo e rico de alcance simbólico, que não se encontra freqüentemente em outras regulações sociais de tipo normativo, como as morais (que se reportam às faculdades simples: "ter o direito de fazer alguma coisa" é a mesma coisa que ser titular de uma prerrogativa tal como um direito subjetivo?), as disciplinas puras ou os usos mundanais.

6. Deduzir soluções implícitas de textos legislados é prática bastante corrente e freqüentemente correta no plano lógico, para que se denegue *a priori* toda legitimidade às operações de tradução em nome da distinção da linguagem dos juristas¹⁶. Ainda é necessário explicar-se o que fundamenta a dedução de uma "proposição normativa" de uma disposição enunciativa e verificar que a mudança do significante não altera o significado. Dir-se-á, contemplando-se o célebre art. 2279 do Código Civil ("Em matéria

de móveis, a posse vale o título"), que se está diante de uma norma porque esse texto implica proibição a quem quer que seja de desconhecer o direito assim conferido ao possuidor ou injunção a todos de respeitar... tal norma? Proibição ou injunção somente existem porque há regra. Ora, a que se apegue essa significação normativa, única apta a fundar a passagem de seu "se indicativo" a uma prescrição ou proibição de condutas? A crença de que só há uma norma na prescrição de uma ação ou de uma abstenção - numa permissão de agir também, para a doutrina mais audaciosa - obrigada a manter por objeto da regra a conduta daqueles (sujeitos de direito, ou ainda órgãos da aplicação do direito) cujas relações ou atividade são tributários de sua existência e, precisamente, de seu valor de norma. Mas esta ação consiste apenas, no final das contas, em respeitar a regra porque ela é regra!

Outro teste: reconhecer-se à a normatividade da proposição "A criança concebida durante o casamento tem por pai o marido" (art. 312 do Código Civil) explicando que ela tem por sinônimo o enunciado: "Todo mundo deve tratar a criança concebida durante o casamento como filho do marido da mãe?" Na verdade esse texto se limita a atribuir ao interessado a qualidade de filho legítimo. A obrigação, para cada um, de tratá-lo como tal é exatamente a de levar em conta a disposição legal, de se "conformar" a ela, dir-se-ia. Isso não é postular que tal disposição possui significação de norma, apesar de sua estrutura, sintática, e abstração feita de toda possibilidade de traduzi-la em prescrição de conduta? Convém então vincular essa significação à função reservada a esse enunciado, independentemente de seu objeto e de sua forma.

7. Encontram-se, aliás, no campo da teoria do direito, algumas emittentes reticências a respeito da representação deontica das regras jurídicas, de cada norma jurídica. Inspirando-se na filosofia anglo-saxônica da linguagem comum e da teoria dos atos de linguagem, alguns colocam em evidência o lugar do "performativo" da linguagem¹⁷. Outros distinguem, ao lado das "regras pres-

critivas" (de conduta), numerosas "regras constitutivas" visando à determinação de fatos, processos ou situações assim providos de efeitos pelo sistema jurídico que os contém¹⁸.

Mais significativos ainda nos parecem os reparos que certos realistas escandinavos fizeram aportar à teoria impereativista de John Austin e, sobretudo, sua rigorosa crítica por H. L. A. Hart. No século passado, aquele primeiro autor havia sustentado que o direito surgia do comando que ele constituía de um sistema de ordens constitutivas porque apoiadas em ameaças. Mais recentemente, alguns teóricos escandinavos precisaram que se tratava, na realidade, de "comandos autônomos", impessoais e abstratos (e não de verdadeiros comandos de sujeito determinado a sujeito determinado), antes de distinguir, no seio dessa categoria singular, os "comandos de comportamento" e os "comandos performativos" operando pelo mero efeito de sua edição, a atribuição de uma qualidade ou de uma competência jurídica (ex: "Os descendentes mais próximos sucedem ao falecido", "O rei é o comandante-em-chefe das forças armadas")¹⁹. Mais radical, mas ainda insuficiente, é a crítica endereçada por Hart ao modelo austiniano do direito como conjunto de ordens apoiadas em ameaças. O professor de Oxford estabelece que todo sistema jurídico se apresenta sob a forma de uma união de duas categorias de normas: regras primárias impondo obrigações e regras secundárias, que conferem poderes públicos ou privados de criação e modificação dessas obrigações ou determinam como as normas primárias são reconhecidas²⁰. No curso de sua crítica do imperativismo, que desemboca também em uma versão particular da dualidade regras prescritivas-regras constitutivas, ele admite no entanto uma analogia entre "a lei penal munida de suas sanções" ou as regras da responsabilidade civil, de um lado, e um corpo de ordens gerais apoiados em ameaças, de outro. Ora, se nos restringirmos aos textos formulados na linguagem do legislador, força é constatar que enunciados do código penal (francês) ou as inúmeras dis-

posições de incriminação não-codificadas contêm bem poucas proibições ou prescrições de comportamentos baseados na ameaça de uma pena. Quanto aos artigos 1382 e ss. do Código Civil, não proíbem de modo algum condutas danosas sob a ameaça de indenização: eles se limitam a fixar as condições nas quais nascem dívidas de reparação.

8. Assim os direitos estatais contemporâneos não se assemelham ao Decálogo e bem pouco aos regimentos disciplinares do exército. A observação vale mesmo para o código de trânsito onde abundam no entanto as ocorrências do verbo "dever" - mas na voz passiva - ou para as disposições do código do trabalho relativas à higiene e à segurança. Trata-se aí, não obstante, de setores de regulamentação (no sentido material, e em tanto quanto pejorativo do termo), onde se manifesta um claro propósito de normalização. Ainda que isso se deva à complexidade de nossas sociedades, à variedade das missões a cargo do poder público ou à sofisticação dos instrumentos da regulação assumida pelo direito, não se pode dispensar a busca de um conceito adequado da norma jurídica. Vale dizer, um conceito apto a dar conta da normatividade de inúmeras disposições legislativas ou proposições inovadoras imputadas à jurisprudência, mesmo ao costume, nas quais se lê espontaneamente regras. Pouco importa se elas não revistam a forma pretendidamente canônica das proposições normativas ou somente pudessem emprestá-la mediante o preço da perda de sentido ou de utilidade. A noção de modelo apresenta, a esse respeito, uma notável virtude heurística.

B - A normatividade ligada à função dos enunciados jurídicos

9. Não são raros os autores que qualificam a regra de direito como "modelo"²¹. Mas eles a concebem em geral como um modelo de conduta. A ruptura com a concepção deontica não é consumada. Uma rica análise de M. P. Amselek²² pareceu ao

contrário torná-la possível. É esta via que convém seguir, apesar de que os escritos posteriores desse autor autorizem a pensar que ele tenha estacado a meio caminho²³.

Situar a norma no gênero dos modelos é colocar em evidência sua natureza instrumental de medida, de padrão. A partir daí a normatividade de uma proposição não se vincularia simplesmente, inclusive na ordem das relações e atividades humanas, à função de instrumento de medida atribuída a esse enunciado, independentemente de seu objeto (uma conduta ou outra coisa) e de sua formulação? A resposta afirmativa faz aceder uma concepção unitária, simples a despeito das aparências, e bastante esclarecedora em muitos aspectos, das normas éticas em geral e das regras jurídicas em particular.

Ao menos quanto a estas últimas, a inteligência dessa concepção requer desde logo duas precisões:

- a vocação de um enunciado para servir de modelo de avaliação resulta de sua inserção num conjunto socialmente considerado como normativo, vale dizer, voltado a essa função específica de permitir determinar como as coisas devem ser, o que elas valem do ponto de vista próprio desse conjunto, é maneira de sublinhar que não se concebe regra jurídica isolada, não integrada a um "sistema" normativo;

- essa inserção depende, por sua vez, seja da competência que outras disposições desse conjunto reconhecem ao autor do enunciado (condição primeira de uma validade das regras legisladas, que é, no direito estatal moderno, uma validade do tipo formal), seja do reconhecimento de sua participação nessa ordem pelos "membros do grupo" (validade factual ou empírica) pelas normas constitucionais (alternativa à hipótese kelseniana da *Grundnorm*) ou pelas regras não-legisladas²⁴.

Explicações complementares se impõem, bem entendido. Elas serão ordenadas em torno de três proposições.

1º Enquanto norma, toda regra de direito se entende de um modelo ideal.

10. Reconhecer valor normativo a um enunciado é compreender que ele é chamado, à maneira de um modelo material (esquadro, molde de roupas, etc.), para servir de referência. Sua vocação será a de permitir a avaliação de situações, relações, atos, ações, condutas, ou outros objetos ainda, vale dizer, de determinar como eles devem ser, deverão ser ou deveriam ter sido do ponto de vista do sistema ao qual pertence essa norma, para que sejam conformes às suas disposições e para obter, em cada caso, os resultados ligados a essa conformidade. Essa função de referência se realiza através de operações de julgamentos, nos sentidos lógico e psicológico, em contextos e finalidades bastante diversos. Essa operação de julgamento se inscreve às vezes numa atividade institucional - atividade administrativa ou atividade jurisdicional (o "julgamento" no processo de decisão ou julgamento no sentido institucional) - mas tal não é seu contexto mais cotidiano.

A perspectiva de colocar em operação esse modelo ideal, dessa variedade de padrão, pode ser a de uma ação futura, vale dizer, da realização de uma operação da qual se espera um certo resultado ou uma regulação de uma situação jurídica. Assim, enquanto uma pessoa busca concluir um contrato ou constituir uma sociedade, ou quando ela deseja conformar sua ação pessoal, uma situação ou uma coisa (um edifício, estabelecimentos industriais, um veículo, etc.) às regras em vigor, seja por civismo ou preocupação de evitar incômodos; ou ainda quando ela quer jogar habilmente com as regras em vigor, ou mesmo se lhe apraz saber o que ela arrisca antes de empreender uma ação ou a materialização de uma situação irregular. Se há sempre, nessas diversas circunstâncias, relação de norma à conduta, é nesse sentido e sempre que a primeira vai servir para dirigir a segunda, mas não porque ela o tem por objeto. Abstração feita da diferença de intenção, a regra manifesta igualmente sua natureza de modelo quando é contemplada pelo jurista dogmático que prepara, por exemplo, um comentário legislativo ou algum guia prático expondo o que

é possível fazer ou esperar segundo o direito positivo.

Mas a perspectiva de referência às regras pode ser também de contestar o que foi feito, tendo em vista alcançar eventualmente um resultado prático (caso daquele que, desejando obter a anulação de um ato ou a reparação de um dano, confronta ora já realizado às normas que regulam sua validade ora uma sequência de fatos às regras da responsabilidade civil). Ela pode ser ainda de apreciar a conformidade de um certo estado de coisas às regras em vigor, em vista de uma inspeção para os mais variados fins (atitude elementar do inspetor de trabalho visitando um estabelecimento, ou atividade de auditoria). Essa ação de avaliação se inscreve, conforme o caso, na perspectiva de elaboração de uma decisão administrativa ou de uma decisão chamada a pôr termo a um pleito formalizado (atividade jurisdicional, pelo menos numa ordem em que "o juiz resolve o litígio de maneira conforme às regras de direito que lhe são aplicáveis", sabendo-se que ele é também instado a se referir às normas de procedimento a fim de assegurar a regularidade do desenrolar do processo).

11. Normalmente utilizadas em séries, em razão das conexões ou indivisibilidades de seus objetos respectivos, estas normas só podem ser empregadas na medida de sua pertinência ao caso em questão, vale dizer, de sua "competência" normativa. Esta é, para cada regra, função do seu objeto e tributária de normas próprias a essa competência (disposições gerais ou especiais relativas à sua aplicação no tempo ou *ratione materiae*). Ela se verifica por uma confrontação tão rápida que mal chega a ser consciente desse teor abstrato da norma aos dados concretos. Trata-se de uma variedade de operação de qualificação. De resto, essa competência se vê às vezes discutível e, em diversas circunstâncias, objetivamente discutida²⁵. Uma vez adquirida, ela torna a norma aplicável no sentido, por exemplo, do art. 12, 1ª alínea, do novo código de processo civil francês ("O juiz decide o litígio conforme as regras de direito que lhe

são aplicáveis"). Assim, a aplicação de uma regra de direito deve de início se entender do ato de referência ao modelo que ela constitui, para os fins de avaliação jurídica numa perspectiva qualquer. Mas se desenha desde logo uma segunda acepção legítima do termo. A aplicação de uma norma se entende da própria operação de avaliação, teoricamente decomponível em dois momentos: a justaposição do modelo e do objeto concreto a avaliar, e em seguida a verificação dessa relação. Se ela representa a operação central de um julgamento jurisdicional, a aplicação deste segundo sentido se encontra em princípio inteiramente alojada em sua motivação, pois o dispositivo é pura decisão fundada sobre a conclusão dessa confrontação (ainda que a prática francesa seja por vezes de retomar essa conclusão no dispositivo do julgamento ou do acórdão).

2º Uma regra jurídica pode ter os mais diversos objetos.

12. O reconhecimento da significação normativa de um enunciado em linguagem do direito e, por esse fato, sua contribuição ao governo das ações, não depende da natureza de seu objeto - do que ela "fala" - uma vez que ela se apegue à sua vocação de modelo. Do mesmo modo, os enunciados que compõem a ordem jurídica estatal francesa atual (considerando apenas seu segmento legislado) têm, na sua imensa maioria, significação de normas, sem que haja necessidade de se perguntar se eles podem ser traduzidos em proposições normativas no sentido dos lógicos das normas.

Nesse conjunto, encontram-se certamente modelos de conduta (art. 212 do Código Civil francês), mas também modelos de relações entre pessoas (art. 312 ou art. 1382 do Código Civil), de qualificação de um sujeito de direito (art. 488 do Código Civil), de atribuição de uma prerrogativa a um sujeito (art. 9º do Código Civil ou o artigo constitucional que enuncia "o Presidente da República tem o direito de conceder indulto"), do efeito de um ato (art. 1165 do Código Civil) ou de uma situação de fato (art. 2279 do Código Civil). Encontra-se

igualmente modelos de coisas materiais (o estado ou o equipamento dos veículos ou as condições dos locais de trabalho) ou de instrumentos especificamente jurídicos (o regime dos escritos contratuais ou o dos títulos de crédito).

Múltiplas são igualmente as normas que significam modelos de aplicação de outras regras, de operações procedimentais, etc.

Não se trata de negar a presença de normas jurídicas tendo uma conduta por objeto, mas elas não são com certeza a maioria. Entre as que parecem de início constituir modelos de comportamento, um exame atento mostra que muitas tratam menos de uma conduta humana que de um ato material ou jurídico. O objeto do modelo é então o resultado possível de ações a cuja consistência as motivações, e freqüentemente os próprios autores, permanecem indiferentes. Pensamos em particular nas inúmeras disposições formuladas na "voz passiva". Quando os textos enunciam que os locais de trabalho "devem ser mantidos num estado constante de limpeza e apresentar as condições de higiene e de salubridade necessárias à saúde do pessoal" e "devem ser organizados de maneira a garantir a segurança dos trabalhadores" (art. L. 232-1 e L. 233-1 do Código do Trabalho francês), eles significam não modelos de condutas dos empregados, mas referências a uma situação dos locais que "deve ser", abstração feita das atividades humanas possíveis ou indispensáveis a esse fim. Do mesmo modo, ao estatuir que "nenhum assalariado pode ser sancionado ou despedido em razão de sua origem, de seu sexo, de seu estado civil (...)", esse texto do Código do Trabalho visa à não-superveniência de um ato jurídico caracterizado por certos motivos objetiváveis, antes que a proibição de uma conduta determinada ao empregador. Esta atitude parece muito banal em nossos sistemas jurídicos. Normas desse gênero, certamente, afetam, no final das contas, ações, mas estas menos determinadas e potencialmente mais numerosas que parecem. Por exemplo, ao dispor que "é proibido fazer anunciar, sob qualquer forma, na ocasião ou no curso de

uma manifestação esportiva, o nome, a marca, ou o emblema publicitário de um produto de tabaco ou o nome de um produtor, fabricante ou comerciante de tabaco ou produtos de tabaco", o art. 10 da lei de 9 de julho de 1976 afeta a atividade de emissoras de televisão tanto quanto os organizadores de manifestações esportivas, na medida em que as primeiras difundem imagens destes últimos²⁶. De resto, os sujeitos cuja atividade ou cujos atos são objeto de tais normas jurídicas são mais freqüentemente pessoas jurídicas (interessados na qualidade de empregador ou a outro título) que indivíduos. Ora, é possível falar do comportamento de "atores" que não sejam pessoas físicas?

Uma enumeração exaustiva dos tipos de objetos dos quais as regras de direito podem constituir os modelos seria vã. O essencial é ressaltar a variedade desses objetos. Acrescentaríamos apenas que as definições das categorias jurídicas anunciadas em linguagem do direito têm, também elas, valor de normas, ainda que a concepção deontológica da normatividade ética obrigue, para lhes reconhecer "valor jurídico", a inseri-las em encaixamentos proposicionais complicados concluídos por "proposições normativas *stricto sensu*". Que as noções, portanto as categorias jurídicas, pertençam, em todo caso, à família dos modelos ideais não é o bastante para assegurar a normatividade de toda definição em linguagem do direito. Ocorre sobretudo que esta última institui uma equivalência entre a denominação de uma categoria e a reunião de elementos, propriamente jurídicos ou factuais ou menos numerosos, de sorte que ela tem o sentido de modelo de atribuição de uma qualificação ao objeto subsumível no conceito nomeado pelo termo definido. Nesse sentido, o enunciado significa já um modelo para operações de qualificação. Mas, de um modo reversível, funciona também como uma referência para a imputação de certos efeitos jurídicos a uma qualificação adquirida. Para a questão de saber se o direito de propriedade de uma pessoa a autoriza a realizar, relativamente ao seu bem, tal ato do qual não trata nenhuma norma particu-

lar, a confrontação com o art. 544 do Código Civil permite responder que é legal realizá-lo, uma vez que "a propriedade é o direito de gozar e de dispor das coisas da maneira mais absoluta (...)"²⁷. Modelos de qualificações, os "enunciados de tipo predicativo" (dos quais encontramos notáveis exemplos nos arts. 516 e ss. do Código Civil: "Todos os bens são móveis ou imóveis". "Os objetos que o proprietário de um fundo ali colocou para o serviço e a exploração desse fundo são imóveis por destinação") constituem normas mais certamente ainda.

13. A concepção da norma como modelo de conduta ou de *qualquer outro objeto* simplifica o reconhecimento da significação normativa da imensa maioria dos enunciados formulados em linguagem jurídica. Parece-nos, sobretudo, que ela dá conta da experiência da relação cotidiana com esses enunciados. Mesmo porque ela não conduz a dotar de valor normativo todas as preposições dos textos constitucionais, legislativos e regulamentares. Na França, em particular, os textos contemporâneos contêm não apenas decisões, mas também disposições que significam, à primeira vista, apenas avaliações éticas, programas de política pública, formulações de objetivos. Esta prática da "legislação proclamatória" ou "declamatória" suscita ironia ou perplexidade de numerosos juristas, que não encontram nos textos em causa essas "regras de conduta", menos ainda esses "comandos dotados de uma ameaça de sanção" que eles tomam por únicas autênticas regras de direito²⁸. No entanto, alguns desses enunciados acabam por desempenhar algum papel na resolução de questões jurídicas e na solução de litígios, quando orientam a interpretação das próprias regras ou quando os tribunais as investem de um valor normativo ou delas deduzem regras implícitas. Prova disso são as mutações semânticas e pragmáticas de diversas proposições do Preâmbulo constitucional de 1946, a serviço das escolhas de política jurisprudencial do Conselho de Estado e, mais ainda, do Conselho Constitucional. Alguns podem se indignar desse

fato, em nome da indispensável segurança jurídica ou lamentar a degenerescência da prática²⁹. Para os nossos propósitos, o fenômeno prova que a significação de norma, tanto quanto a interpretação dos termos que a formulam, constituem apostas das confrontações de interesses, cujo campo de prática retórica específica instituído pelo direito é o teatro³⁰.

14. Assim sendo, se todas as regras jurídicas, qualquer que seja seu objeto, têm igualmente vocação para afetar ações, é um princípio e sempre a partir das operações de julgamento pelas quais elas são aplicadas. Passagem obrigatória de seu uso, a referência a esses modelos adquire um sentido prático particular enquanto deve presidir uma decisão, institucional ou privada, de realizar um ato jurídico ou material. Com efeito, se a perspectiva do operador é a da regularidade jurídica (caso do juiz em particular), tal ato consistirá em conformar a situação a esses modelos. Grande é a variedade dessas ações de conformação das coisas e eventos às regras aplicáveis. Mas se cuida menos de ações-objeto dessas normas que de ações de homens-artesãos, cuja posição em relação a esses instrumentos é análoga à do alfaiate diante do "molde": este último governa a ação do primeiro, enquanto constitui um modelo de vestimenta, e não de conduta humana. Uma condenação de indenizar, a anulação de um ato, o pronunciamento de uma obrigação de fazer, mas também a execução de uma decisão judicial, o pagamento de uma dívida, a preparação e a realização de uma operação regular própria a atingir os resultados que as regras pertinentes conferem a essa regularidade (constituição de uma sociedade, redação de um testamento, celebração de um casamento, realização de um licenciamento regular), a outorga de uma autorização cujas condições se encontram satisfeitas, a realização de arranjos materiais relevam igualmente de uma tal atividade "artesanal" de conformação às regras. Elas ilustram o terceiro sentido que convém reconhecer à expressão "*aplicação* de uma norma jurídica", aquela pela qual alguns agentes do sistema estatal são

encarregados de velar. Mas não se trata exatamente ou não se trata sempre de uma imitação do modelo, análoga ao corte de um pedaço de tecido conforme os contornos do "molde": a metáfora tem limites, inerentes à diferença de um modelo ideal e de um modelo material.

3º As normas jurídicas são modelos simples ou complexos

15. Elas articulam freqüentemente dois ou mais elementos, segundo uma relação que é no mais das vezes de imputação: imputação de uma sanção penal a uma ação, de nulidade de um ato em face de certos vícios ou de certas irregularidades, de uma dívida de reparação ao ato danoso de uma pessoa ou de uma coisa, do poder de fazer um ato dadas tais circunstâncias, etc. Existe espaço, no entanto, para normas-modelos na estrutura mais simples, tais como os modelos de atribuição de prerrogativas reconhecidas a todos ("Cada um tem o direito ao respeito de sua vida privada") ou, ao contrário, a um só ("O Presidente da República exerce o direito de indulto"), ou ainda os modelos de comportamento que não são subordinados a nenhuma outra condição além da existência da situação jurídica ou factual visada ("Os cônjuges se devem mutuamente fidelidade, segurança e assistência", disposições do código de trânsito sobre a circulação dos veículos). A simplicidade estrutural do instrumento-norma não significa necessariamente que ele seja dotado de um sentido claro, preciso, unívoco.

Tal é o caso de numerosos princípios-regras. Pois se o termo "princípio" conhece uma variedade de ocorrências geradoras de uma polissemia no mais das vezes negligenciada - alguns, que são a maioria, opõem "princípios" a "regras" - ele designa e qualifica freqüentemente autênticas normas jurídicas positivas. O uso do vocábulo tende então a sinalizar a estabilidade e o valor particulares reconhecidos à regra, que vão às vezes em paralelo na hierarquia das normas. Ela denota em todo caso uma notável generalidade de pertinência (de competência), ligada a uma freqüente indeterminação

do teor do modelo. A ponto de alguns desses princípios serem antes nomeados que formulados, porque parecem muito difíceis de enunciar. Pensemos no princípio da igualdade, cujas indeterminação e relações incertas com múltiplas regras expressas (tratando de objetos mais limitados) são tão notórias quanto sua positividade.

16. Fora desse caso, o grau variável de complexidade das regras jurídicas parece acreditar uma análise clássica de sua estrutura. Para numerosos autores³¹, uma norma jurídica compor-se-ia sempre (mediante reconstrução dos enunciados) de uma hipótese ou pressuposição (ou ainda antecedente, pressuposto, fato jurídico) e de uma consequência ou efeito jurídico (ou ainda: consequente, dispositivo). Fundamentalmente hipotética, ela poderia portanto se exprimir sob a forma "Se..., então..." Para além das divergências sobre a consistência exata de cada um desses dois elementos, todos os partidários dessa análise vêem na hipótese ou pressuposição a determinação das "condições de aplicação" da regra. Assim, o art. 1382 do Código Civil³² poderia enunciar-se: "Se uma pessoa causa por sua culpa um dano a outrem, então ela é obrigada a repará-lo", a primeira proposição fixando as condições de aplicação de uma norma, que seria assim "inaplicável" na ausência de fato culposos do pretendido responsável. A redação mesma de um texto como o célebre art. L. 122-12, al. 2 do Código do Trabalho - "Se sobreviver uma modificação na situação jurídica do empregador, notadamente por (...), todos os contratos em curso no dia da modificação subsistem entre o novo empregador e o pessoal da empresa" - incita tribunais e doutrina a dizê-lo "não-aplicável" quando o evento que afeta a empresa não constitui uma modificação na situação jurídica do empregador. Como não ver, contudo, que se a transmissão *de plano* dos contratos de trabalho for então descartada, é em consideração desse art. L. 122-12, al. 2 e no final de sua confrontação aos dados da espécie, portanto por efeito de sua aplicação? Igualmente, se na presença de um dano, a responsabilidade civil que se impu-

ta ao autor do fato é descartada por não se ter apurado qualquer culpa de sua parte, não é precisamente em virtude do art. 1382 do Código Civil?

Encontramos aqui a diversidade, já assinalada, dos sentidos do termo "aplicação", que a análise teórica deve opor aos vícios terminológicos dos redatores de leis e dos juristas. Sobretudo se se trata de dar conta do processo efetivo de manipulação das normas jurídicas. Concebê-las como modelos permite distinguir duas operações no curso de sua aplicação: o ato de a elas se reportar em razão de seu objeto, sendo este "causa" de sua competência, depois a confrontação dos dados empíricos aos modelos que elas significam. Uma e outra merecem, já o dissemos, o nome de aplicação. Apesar de que a estrutura dualista destacada por uma doutrina clássica se encontre em inúmeras regras, ela corre o risco, se se a quer sistemática, de caracterizar o que Kelsen chamava *Rechtssätze* (proposições descritivas do direito) antes que *Rechtsnormen* (as normas jurídicas elas mesmas). Sobretudo, compreender a hipótese ou pressuposição como o enunciado das condições de aplicação da regra é desconhecer a realidade e a importância decisiva das duas operações intelectuais primordiais necessariamente prévias a toda conclusão de aplicabilidade ou inaplicabilidade da norma no sentido tradicional desses termos.

Na realidade, as *condições de aplicação* de uma regra (de sua competência normativa) são reunidas quando se põe, nos contextos os mais variados, o *problema da avaliação ao qual ela deve oferecer resposta*: quem é responsável por tal dano? O contrato de trabalho concluído com tal empregador se encontra transmitido a tal outro? Dito de outra forma, essa *competência*, ou *aplicabilidade*, depende do objeto de norma-modelo, e não da maneira pela qual este informa aquele outro, ou seja, se se preferir, depende daquilo de que trata a disposição com significação normativa, e não do modo como ela o trata. A hipótese de sua aplicação se encontra assim realizada cada vez que uma situação concreta faz surgir o problema em questão.

A "pressuposição" tal qual é habitualmente concebida, fixa antes as condições às quais está subordinado um dado efeito: se este não deve se produzir porque as condições não estão satisfeitas, é em virtude da própria norma, pois, em consequência de sua aplicação.

17. Acrescente-se que a freqüente complexidade do modelo trazido por toda norma jurídica é acompanhada de uma incerteza estimada ou virtual de sua exata configuração. A afirmação do "sentido claro" de um texto normativo vem do mito ou, na melhor das hipóteses, do argumento em favor de uma leitura determinada que se quer prevalecer. Convém ao menos reconhecer "a textura aberta do direito"³³. Mesmo a idéia de que existe, apesar de tudo, um "núcleo de certeza" inspira dúvidas legítimas. A experiência atesta, mediante texto constante, que o teor atribuído ao modelo com a autoridade de uma solução "de outro positivo" pode variar. O sentido de uma disposição, que não suscita controvérsia em certa época revelar-se-à ambíguo ou incerto numa circunstância em que sua interpretação será o jogo de uma oposição de interesses. Os exemplos abundam. "O Presidente da República *assina* as leis (...)", percebe-se o equívoco desse art. 13 da Constituição de 1958 antes que as peripécias políticas de coabitação 1986-1988 engendrassem a controvérsia (o Chefe de Estado só tem uma competência vinculada ou pode ele recusar a assinatura)? A disputa, que não diz respeito apenas ao sentido das normas mas por vezes também à sua positividade - tal regra é bem assentada por uma "jurisprudência constante", tal proposição em linguagem do legislador tem significação normativa? - afeta tanto a certeza comodamente emprestada ao direito que a solução oficial (jurisdicional) parece, afinal, orientada por simples "diretivas de interpretação". Sem falar no efeito das noções-quadro e *standards* (fala-se ainda em "noções fluidas" ou de "conceitos plásticos"), das quais a notória instrumentalização do direito contemporâneo em nada reduziu a importância³⁴, nem das perturbações *induzidas* por uma impressionante massa de

instrumentos internacionais ou comunitários, aos quais o ordenamento jurídico deve uma parte de sua "fluidez". Isto também se observa se abordarmos as normas jurídicas sob o ângulo dos caracteres que lhe são ordinariamente reconhecidos.

II - Caracteres atribuídos às normas jurídicas

Uma vez que a significação normativa de um enunciado em linguagem do direito é ligada à sua vocação instrumental de modelo para os objetos os mais diversos, tais caracteres merecem ser reexaminados sob um novo enfoque ou com um sentido novo. A reavaliação é menor, no entanto, no que respeita à generalidade e à abstração emprestadas à regra jurídica (A) que em relação a seu caráter obrigatório (B) e, sobretudo, desta "sanção" que o acompanharia necessariamente (C).

A - Generalidade e abstração

18. Toda norma jurídica obtém estas duas qualidades de sua natureza genérica de modelo. Como tal, todo modelo é abstrato. Um modelo ideal ainda mais. Assim permanece a despeito de quão "concreto" possa parecer seu objeto ou seu teor. Porque ela pertence a esse gênero, toda norma apresenta um caráter essencial de generalidade por sua aptidão a receber um número *a priori* indeterminado, senão ilimitado (existem regras temporariamente em vigor), de aplicações. O procedimento da edição de regras traduz, a esse respeito, uma racionalização, uma economia de meios e contribui à igualdade, quando se o compara ao do imperativo (ordem) e da decisão que precisam ser indefinidamente retiradas. A partir daí, sublinhar a generalidade e abstração da norma jurídica, crendo revelar assim um de seus traços específicos, parece pura tautologia. Esta generalidade permanece mesmo se a situação a que visa a regra, cada vez que haja ocasião de aplicá-la, é sempre a de uma pessoa apenas: as disposições da Constitui-

ção tratando da eleição ou dos poderes do Presidente da República apresentam, nesse sentido, o mesmo característico de generalidade que, por exemplo, o art. 1382 do Código Civil!

É num outro sentido que se reivindica, em nome da igualdade dos cidadãos ou dos sujeitos (igualdade na lei), a generalidade das regras de direito: estas últimas não deveriam distinguir-se segundo a origem, enquadramento sócio-profissional ou a localização dos indivíduos e seria necessário banir os regimes particulares, salvo necessidade de levar em conta algumas diferenciações "naturais" (idade, nacionalidade, sexo ou situação matrimonial, segundo as concepções há longo tempo dominantes). Sabe-se que o manifesto recuo daquela generalidade alimenta, desde G. Ripert, pelo menos a denúncia de um declínio do direito³⁵. Isso não impede que as regras particulares, como as regras especiais (opostas às normas que valem por uma categoria genérica de relações), apresentem mesmo título que as normas de campo de aplicação mais vasto, o caráter de generalidade inerente a todo modelo prometido a um número indeterminado de aplicações. Mesmo a norma que visa à situação de um indivíduo determinado é, desse ponto de vista, geral. Sob condição de que se trate de uma regra, pois se o conceito de norma individual pode ser admitido³⁶, uma diversidade de enunciados que pareceriam ter lugar na sua extensão relevam na verdade do gênero das decisões antes que do das normas. Pensamos nos dispositivos das decisões judiciais ou administrativas, que a teorização kelseniana toma, erradamente segundo entendemos, como atos criadores de normas individuais³⁷.

19. As normas jurídicas manifestam, tudo bem considerado, uma outra forma de generalidade. Poderíamos falar de uma "generalidade de sua oponibilidade", no sentido de que elas podem ser invocadas nas relações as mais variadas entre sujeitos de direito. Esta característica adquire todo seu relevo, tratando-se de regras constituindo um modelo de relação entre pessoas abstra-

tas ocupando posições determinadas, mas suscetíveis de serem mobilizadas no quadro de uma outra relação. O art. L. 122-12, al. 2 do Código do Trabalho ilustrará, ainda aí, a proposta: modelo de relação entre assalariados e um novo empregador, ele é frequentemente invocado entre empregadores, onde um pretende que o outro deve ou teria devido "retomar" seu pessoal totalmente ou em parte, ou então sustenta, ao contrário, que ele suportou indevidamente os custos da demissão de assalariados tratados como seus quando não havia "modificação na situação jurídica do empregador" no sentido do texto. É preciso ver aí uma razão suplementar para rejeitar toda assimilação das normas jurídicas às ordens ou comandos, que "informam" essencialmente as relações daqueles que as formulam com aqueles às quais elas se dirigem. E se compreende de que teóricos tenham forjado o duvidoso conceito de "comandos autônomos" para tentar dar conta dessa singularidade.

B - Obrigatoriedade

20. Dizer que "toda regra de direito é obrigatória" é truísmo ou proposta inútil se se refere à substância da norma compreendida como uma regra de conduta. A prescrição ou a proibição de um comportamento pode ser algo diverso de obrigatório e que pode, em compensação, significar característica semelhante à atribuída a uma permissão? No quadro da concepção aqui desenvolvida, essa mesma afirmação invertida faz sentido, sublinhando o que se poderia compreender como um aspecto da validade das regras. Parece de fato que esta "obrigatoriedade" se relaciona ao uso das normas jurídicas, e não ao seu conteúdo: elas são de uso obrigatório, portanto, exclusivo, em relação a toda situação que penetre o campo da validade do conjunto normativo ao qual elas pertencem. Elas e apenas elas são pertinentes e devem ser aplicadas para determinar o que valem atos e situações, o que eles devem ser ou como as coisas devem se encontrar ou ser organizadas a fim de assegurar sua conformidade à ordem jurídica. Elas

diferem nisso dos simples desejos ou conselhos, mas não das normas constitutivas de um sistema moral ou disciplinar qualquer que não teriam sentido sem essa mesma pretensão à obrigatoriedade no quadro do dito sistema. Se as regras de uma ordem jurídica estatal, tal como o direito francês, parecem dotadas de uma característica obrigatória, intensa a ponto de se verificar na sua própria definição, é porque esta ordem pretende submeter o conjunto da sociedade que enquadra o Estado - constituir o único *corpus* normativo de referência, sob reserva do espaço que ele concede a outras referências, jurídicas ou não - e não se coloca de maneira alguma na dependência de adesões voluntárias.

21. Mesmo assim compreendida, a obrigatoriedade das regras jurídicas não permite elidir os problemas originados da aparição de instrumentos *recomendatórios*. Limitados na ordem interna, eles têm um peso mais notável na produção das organizações internacionais (dos princípios diretores da OCDE à intenção das empresas multinacionais no código internacional de conduta para a transferência de tecnologia da CNUCED, passando pela Declaração de princípios tripartite da OIT sobre as empresas multinacionais e a política social, sem esquecer, bem entendido, as recomendações da CEE). Numa terminologia da visão corrente da norma jurídica como modelo de comportamento, fala-se a seu objeto de "normas de função diretiva elástica" em oposição às "normas de função diretiva autoritária" que seriam os "comandos", portanto as normas jurídicas clássicas³⁸.

Conviria no entanto verificar no detalhe que a "facultatividade" dos modelos em questão afeta - como em outro lugar a obrigatoriedade - sua utilização antes que seu conteúdo. Essa tarefa excederia o objeto do presente estudo. Em segundo lugar, e aí reside o verdadeiro desafio teórico, seria necessário formular adequadamente a questão de sua pertinência ao domínio do jurídico. O debate tem lugar na doutrina de direito internacional e de direito econômico, a propósito desse "direito verde", *soft law*, opondo os que rejeitam aos que admitem a

idéia de uma normatividade ou, mais exatamente, de uma juridicidade relativa³⁹. Ele remete, no fundo, à exigência e às dificuldades já assinaladas de uma definição estimulativa do direito. Admitimos apenas uma inclinação a considerar que, mesmo de uso facultativo, os modelos trazidos por tais instrumentos relevam de um jurídico do qual não se vê em nome de que se poderia negar a evolutividade, inclusive do ponto de vista da natureza dos aparelhos da regulação que ele assume. Este problema de construção de numa definição operativa, ou seja, apta a fundar investigações teóricas e empíricas sobre as formas e transformações da regulação jurídica, poderia ressurgir a partir da elucidação da sanção que, segundo a opinião comum, informaria toda regra de direito.

C - Sanção

22. Consistiria num mal, ou ao menos numa desaprovação, infligido pela autoridade social instituída - portanto o aparelho do Estado no caso de um direito estatal - e compreendido como uma reação à violação da regra. Pena, reparação, expulsão, destruição de um edifício, ou ainda anulação de um ato jurídico, ela concretizaria, tanto no seu pronunciamento quanto pela execução forçada, a presença de uma coerção substancial à noção de direito. A ameaça de sua superveniência seria o fator mais seguro de conformidade espontânea às normas jurídicas. No final das contas, ela forneceria o critério mesmo da juridicidade dessas regras.

Esta representação corrente suscita reservas, umas clássicas, outras menos dominantes, mas mais pertinentes. Mesmo que não se tomem por "verdadeiro direito" os elementos do *soft law* evocados acima, pode-se verificar que cada uma das normas que compõem uma ordem como o atual direito francês se encontra provido de uma sanção assim concebida? A supor que haja possibilidade de distinguir normas de conduta (sancionadas) e normas sancionadoras (governando a ação dos juízes e das autoridades

de aplicação do direito), a que se prende a juridicidade destes últimos se a qualidade de regra de direito depende da previsão de uma sanção em caso de descumprimento do preceito? As regras de incriminação penal e, mais ainda, as disposições fixando as condições da responsabilidade civil delitual têm sempre sentido de organizar uma sanção da violação de normas de comportamento particulares? Seria necessário considerar que cada uma delas implica a existência de uma norma prescrevendo ou proibindo a ação cuja abstenção ou cometimento seria assim sancionado. Mas, induzir da positividade do art. 1382 do Código Civil a de uma interdição implícita de causar por sua culpa um dano a outrem, não é precisamente desconhecer as modalidades de uma regulação que se dispensa de um tal desvio? Sobretudo se as diversas modalidades reagrupadas sob o vocábulo "sanções jurídicas" mantêm alguma relação com as idéias de constrição ou de coerção, a intensidade dessa relação é bastante variável e a esta categoria genérica parece faltar unidade. O que há de verdadeiramente comum entre a nulidade de um ato jurídico, que evoca o insucesso de uma operação, e uma pena, mesmo de simples multa, ou a condenação a pagar uma indenização⁴⁰?

Ph. Jestaz recentemente tentou renovar a análise ou, ao menos, escapar à circularidade das relações entre direito e sanção⁴¹. Conviria, segundo nosso colega, conceber a sanção como a "tarifa" inerente a toda norma jurídica e, ao contrário, significativamente ausente do domínio da moral ou dos costumes, estando entendido que as regras "se tarifam umas pelas outras" e que cada uma não fixa necessariamente sua própria tarifa. Descobre-se todavia que esta reside, em definitivo, na eventualidade do recurso a um juiz suscetível de deduzir disso, pela via da decisão, um efeito preciso. No total, conclui o autor - que permanece atado, por outro lado, a "uma definição do direito pela sanção" - "a regra jurídica seria provida de uma sanção - e por isso digna de portar seu nome - sob dupla condição: que ela se revista de um caráter de precisão suficiente

para que um demandante possa formular uma pretensão com base nela; que exista virtualmente um juiz para julgar essa pretensão, mesmo de uma maneira que se diz erradamente simbólica". Mas o que resta da idéia de tarifa, vale dizer, de um preço anunciado, senão de um preço a pagar? De fato, nosso colega desvia-se disso no curso de sua demonstração para escolher, no final das contas, um critério de *eventus judicii*, portanto do eventual ingresso em juízo no lugar de uma tarificação que aplicaria eventualmente esse juízo. Este desvio lhe permite atingir seu objetivo. Mas convém, ao nosso ver, conferir uma importância central a essa *vocação* que tem em comum as normas qualificadas de jurídicas e que se quer assinalar nomeando-as como tais.

23. A recorrência à idéia de "sanção", como questão pertinente ao que nossas sociedades nomeiam "direito", traduz, à evidência, a *inerência a esse modo de regulação social da possibilidade de recorrer a um terceiro chamado a julgar as demandas*. Ainda é preciso compreender exatamente essa eventualidade: a nosso ver, ela é a do processo antes que da sanção no sentido trivial do "mal" que infligiria, conforme o caso, a decisão que encerra esse processo. Enunciar que uma norma é uma regra de direito, vale dizer, de um elemento de uma ordem jurídica determinada, significa que ela servirá eventualmente, em função de sua aplicabilidade, de instrumento de medida a um juiz instituído por essa ordem, no quadro de uma atividade de resolução de conflitos organizada por essa mesma ordem. É significar, ao mesmo tempo, que essa norma é *suscetível de ver seu sentido e seu alcance em situações concretas discutidos no quadro assim instituído*. Essa caracterização vale tanto para as regras de procedimento que regulam esse quadro - as disputas a seu respeito são moeda corrente e as vias de recurso permitem a proposição de ação de maneira que os tribunais possam interpretá-las ou aplicá-las - quanto para as normas substantivas. Mesmo as disposições legais que ordenam as formas extrajudiciais e não jurisdicionais de resolução de conflitos comparti-

lham dessa vocação de servir de referência para apreciar operações ou atos que relevam de sua competência normativa. Não são poucos os processos judiciais que suscitam a aplicação contenciosa dos artigos 2044 e seguintes do Código Civil a propósito de uma transação cujas qualificação, validade, e alcance são discutidas⁴². Essas regras manifestam em tal circunstância sua "juridicidade", sua pertinência ao sistema de direito, quando a sentença estima que o ato impugnado vale como transação e produz todos os efeitos desta, ou quando ela adota a solução contrária, rejeitando a exceção de coisa julgada levantada pelo defensor que invocou o art. 2052, al. 1^a, do Código Civil ou, ainda, quando anula esse ato atacado por via de ação. Se nos propusermos a conservar o termo, elas são igualmente "sancionadas" em um e outro casos. Elas o são da mesma maneira que todas as outras regras do sistema jurídico, inclusive as da Constituição⁴³: servindo de padrão para julgar como as coisas deveriam, devem ou deverão ser do ponto de vista desta ordem jurídica, no quadro e para os fins da resolução de um conflito - portanto no quadro de um julgamento institucional = independentemente do teor do dispositivo da decisão a intervir (indeferimento do pedido, absolvição ou condenação, anulação, ordenamento de uma medida em virtude de um poder reconhecido em decisão liminar, etc.). Dito de outra forma, a "sanção" das normas de direito se manifesta preponderantemente na motivação da decisão do que em seu dispositivo.

24. Temos aqui o que parece sem equivalente no domínio das diversas morais, dos preceitos de conveniência ou das regras da arte. Se ocorre que essas normas encontram alguma pertinência por ocasião do julgamento das demandas no terreno do direito, é na medida apenas em que as regras jurídicas então aplicáveis a isso remetem explicitamente ou através de uma categoria como a de "culpa". Elas não são igualmente "juridicizadas". No entanto, a especificação que acabamos de ensaiar é a de um *caráter* atribuível a uma norma tida por jurídica - uma

vez que ela é tida como tal por força dos critérios de validade admitidos pela ordem considerada - e não do que poderia ser o critério mesmo de sua juridicidade. Nossa perspectiva não é portanto a das habituais considerações sobre a relação entre norma jurídica e sanção. Segundo pensamos, dizer que uma regra de direito é suscetível de ser debatida em juízo (*justiciable*), não é enunciar o que permitiria identificar, em uma coorte qualquer de normas, aquelas que são jurídicas e aquelas que não o são, mas deduzir uma consequência dessa qualificação.

Extraír um critério genérico do jurídico é um outro problema, que releva de uma iniciativa, já evocada, de construção de uma definição estipulativa do direito, operacional para certas investigações nos confins da teoria do direito e da sociologia jurídica teórica, de pura sociologia do direito (verificação da hipótese e pesquisa das modalidades empíricas de um pluralismo jurídico num espaço social dado) e mesmo de antropologia jurídica. Sem sair à cata de uma tal definição, lembramos que a hipótese do processo, a vocação a um questionamento perante um terceiro, o recurso mesmo a esse terceiro interveniente, exercem desse ponto de vista uma forte atração. Penso nos escritos de alguns eminentes autores engajados numa elucidação das razões de ser do direito, de sua singularidade ou, simplesmente, na pesquisa de um critério universal do jurídico, de Pasukanis à M. Carbonnier, passando por A. Kojève e certos sociólogos americanos ou antropólogos⁴⁴. Se teóricos e sociólogos a negligenciam hoje em suas proposições de definição estipulativa, parecem-nos que estes teriam muito a ganhar, levando em consideração, mais ainda que a normatividade⁴⁵, a possibilidade de recurso institucional ou a aplicabilidade por um juiz (*contestabilité* ou *justiciabilité*) que caracteriza as regras à luz da experiência de fenômenos de regulação, que são os mais indiscutivelmente tidos por do "direito". Mas se trata aí de uma simples anotação à margem de uma proposta que é de pesquisar em que condições as asserções ordinárias sobre os caracteres necessários das regras de uma or-

dem como o direito estatal francês podem encontrar um sentido, admitida sua natureza de modelo "que age" a partir de operações de avaliação. A esse respeito, afirmar que toda norma jurídica se encontra sancionada é inexato se a sanção se entende como uma pressão constritora do comportamento conforme a essa norma ou do castigo mediante sua violação. É preferível constatar que toda regra que se reputa pertencer a uma tal ordem tem, por isso mesmo, vocação a servir de referência na solução institucionalizada dos litígios no campo dessa ordem, e, assim, a ver discutida sua significação e seu alcance.

25. Que resta da idéia de constrição em tudo isso? Sua presença no seio das ordens jurídicas não deixa muita dúvida, não mais que as relações polimorfos dessas ordens com os fenômenos de poder ou de dominação. Tudo sugere que estes últimos passem tanto pelo discurso que os enunciados da linguagem do direito constituem (ou que se desdobra para legitimá-los) e pela "força simbólica" do encadeamento das normas, quanto pelo teor mesmo das regras, a objetividade que eles tendem a conferir à ordem estabelecida, as obrigações e restrições que decorrem de sua combinação ou de seu uso, os atos de coerção que habilitam alguns dentre eles ou pelo efeito de reprodução inerente a todo modelo. Mas se há muito a reter do que pôde ser escrito sobre essa questão⁴⁶, é sob a condição de jamais negligenciar a ambivalência do direito sublinhado, notadamente, pelos enfoques críticos⁴⁷. Mais ainda: a elucidação da parte e das vias da constrição exercida pelos dispositivos jurídicos (ou através deles) determina que se desconfie particularmente das interpretações globais, as que visam "ao direito", ou "ao direito moderno", ou mesmo "ao direito positivo francês". Ela requer, de início, tanto no estágio de análise teórica como no da investigação empírica, a consideração séria do material concreto dos *corpus* normativos, portanto da diversidade de sua tecnologia. Nessa perspectiva, as distinções de acordo com os tipos de regras, as análises por seqüências de disposições e setores que elas

abrangem, e, mais ainda, a "descrição" das condições técnicas de aplicação ou mobilização das normas, serão raramente superfluas. Aqui como alhures o progresso do conhecimento supõe o abandono das propostas gerais sobre "a força do direito", qualquer que possa ser sua virtude desmistificadora ou sua aptidão a sugerir hipóteses que permanecem, portanto, a verificar. Quem discordará?

Um mínimo de atenção para essa tecnologia da regulação jurídica põe em dúvida que o direito assegure "o enquadramento normativo das condutas humanas, impondo o respeito a modelos de comportamento"⁴⁸. Quer-se dizer que ele impõe *de fato* ou apenas que ele prescreve? Mesmo escolhendo a segunda interpretação, a inserção parece largamente inexata ou equívoca. Inexata se se tem olhos voltados à extrema diversidade dos objetos de enunciados que têm vocação de referência *para* agir, para a orientação das ações, sem ser todos, ao contrário, modelos de conduta. Inexata porque se (dada a variedade de seus objetos e sendo dotados de uma obrigatoriedade de uso e de uma aptidão a serem deduzidas em juízo), esses modelos são destinados a "pesar" sobre os comportamentos efetivos nas relações sociais, eles o fazem habilitando e encorajando certos atos mais freqüentemente que dissuadindo certos comportamentos. Equívoca, a afirmação o é na sua concisão, pois negligencia o fato de que as "condutas" enquadadas são às vezes atos materiais ou jurídicos que se pretende garantir, encorajar ou erradicar, mas às vezes também operações especificamente jurídicas (cumprimento de formalidades ou de um procedimento, previsão de cláusulas) orientadas para a realização de atos da mesma ordem ou de decisões cuja validade depende dessas operações: bom número de normas jurídicas tem estatuto de "normas técnicas", de normas de técnica jurídica⁴⁹. Equívoca ela é, enfim, porque ela não pode dar conta da variedade das modalidades segundo as quais as regras de direito em vigor tendem a exercer uma pressão efetiva em vista da realização ou da

abstenção de ações tão diversas, e não mais que diferenças de intensidade dessa pressão.

Creemos que a concepção realista da regra de direito desenvolvida neste estudo favorece a consideração dessa diversidade, que caracteriza o teor das normas tanto quanto os contextos e as finalidades de sua utilização como modelos, como referências. Ela autoriza a compreensão da variabilidade de sua relação teleológica (prevista ou suposta) com as ações que elas têm vocação de guiar. Por exemplo, será indiferente observar que a dissuasão de numerosos atos julgados socialmente nocivos é pesquisada para a formulação de normas de incriminações que dispensem sua proibição formal? Ou que a promoção de certas práticas desejadas, notadamente a título de políticas públicas (pensamos nas formas atípicas de *mise au travail* inventadas pelas sucessivas políticas de emprego ou de tratamento social do desemprego), passa pela edição de regras "técnicas" que as dotam de um regime jurídico particular, conferindo vantagens para os atores que incitam (sem dizê-lo), retirando-os de qualquer controle público?

Importa ainda mais ter atenção às condições nas quais as regras, substantivas ou procedimentais, são *mobilizadas* pelos "sujeitos". Essas condições resultam em parte de dispositivos jurídicos procedimentais, mas elas se vinculam também às possibilidades ou limitações de ação que produzem as normas substantivas, consideradas na sua articulação. Pois, se não se pode desconhecer a força simbólica da ordem normativa - não mais que o evidente e natural fenômeno da ignorância ou do conhecimento aproximativo, mítico, de seu conteúdo⁵⁰ - a primeira exigência é de se lembrar que as normas *não se colocam por si próprias em movimento*. Sua mobilização supõe iniciativas, normalmente tributárias das necessidades, interesses, conhecimento dos atores, sejam eles membros do Ministério Público ou agentes encarregados de velar pelo "respeito" a essas regras. Este lembrete não é jamais inútil. Para a teoria do direito, pode ser o útil ensinamento de uma sociologia jurídica ela mesma atenta aos dados normativos em re-

lação aos quais diversas ações *adquirem sentido*, mesmo se elas aí não encontram sempre sua causa. A questão entre conjunto de regras jurídicas e ações nos parece com efeito situada sobre um terreno onde essas duas disciplinas são necessariamente complementares se se deseja que seus ensinamentos tenham qualquer validade⁵¹. O trabalho de teoria não pode ignorar a variedade dos usos sociais das regras de direito⁵² - a utilização argumentativa na negociação ou para a justificação de atos tanto quanto a busca do resultado jurídico prometido por sua aplicação (no terceiro dos sentidos acima distinguidos) - e a amplitude dos fenômenos de negociação cotidiana sobre as normas, inclusive as estatais⁵³. A sociologia jurídica, por sua parte, seria vã se não levasse em conta a complexidade e as sutilezas da técnica das ordens jurídicas de referência, a "mecânica" de sua aplicação, ou ainda as intenções que podem mais ou menos claramente presidir sua produção⁵⁴. Diversidade, esta é decididamente a palavra chave! E isso tanto quando se trata de descrever a organização interna dos sistemas jurídicos contemporâneos quanto no momento de construir os métodos de investigação dos quais se espera um progresso na inteligência da regulação jurídica de nossas sociedades.

Notas

¹ *Lexique de termes juridiques*, 8ª ed., Dalloz, 1990

² L. A. Warat. Mitos e Teorias na Interpretação da Lei, Ed. Síntese, Porto Alegre, 1979.

³ A análise aqui proposta foi desenvolvida para os propósitos de uma tese de doutorado defendida em 1975. Foi precisada, aprovada perante o CERCRID, à luz das investigações sobre a parte do direito na resolução dos conflitos e no âmbito de um ensino doutoral.

⁴ V. *Controverses autour de l'ontologie du droit*, PUF, 1989 (sinal dos tempos, esta compilação não reserva nenhum espaço ao enfoque materialista do direito), e *Définir le droit*/1, Droits, 10/1989.

⁵ Mac Cormick, *La texture ouverte des textes juridiques*, in *Controverses...*, cit., p. 115.

⁶ J. Carbonnier, *Sur le caractère primitif de la règle de droit*, in *Flexible droit*, 5ª ed., LGDJ 1983.87, L.Rancent. *Pour*

une théorie critique du droit. Bruxelles, Duculot, 1975, pp. 99 e ss.

⁷ Corpos de regras identificáveis no seio das empresas ou outros grupos infra-estatais, ou ainda a *lex mercatoria*, são direito? Um dado processo de regulação encontrado no seio de comunidades camponesas ou de sociedades "primitivas" releva do jurídico? Se não há nenhuma razão para afirmar que apenas o direito formulado e "sancionado" pelo Estado merece essa qualificação, convém construir um critério genérico para os fins de identificação e de análise comparada dos fenômenos do direito. Mas a definição assim requerida por certas investigações históricas, sociológicas e antropológicas é apenas estipulativa, no sentido que lhe indica M. Troper (*Pour une définition stipulative du droit*, Droits, 10/1989, p. 101).

⁸ Para diferentes pontos de vista: *Le Système juridique*. *Archives de Philosophie du Droit*, t.31, Sirey, 1986. Para uma postura crítica da teoria autopoética da escola de N. Luhmann, v. M. Van de Kerchov e F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, 1988 (especialmente pp. 149 e ss.)

⁹ V. *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie de Droit*, E Story-Scientia, 1988, verb. *Régulation sociale*, por J. Commaille. De início tomado de empréstimo da mecânica pela biologia, depois adotada em ciências sociais, onde conhece grande sucesso, o termo "regulação" designa às vezes um fenômeno que respeita à vida das regras (um dado sistema é autoeco, ou heteroregulado?) ou o processo no qual elas são criadas, transformadas, suprimidas (ex: J. D. Reynaud. *Les règles du jeu. L'action collective et la régulation sociale*. A. Colin. 1989, p. 31). Empregamo-lo aqui para qualificar a ação dessas normas, tendo em vista as relações a que elas visam, porque ele nos parece evocar, a um tempo, a reprodução de uma ordem, a possibilidade de sua alteração (o direito é, por suas reformas ou por certos procedimentos que ele institui, instrumento de uma certa mudança), mas também a de um "jogo", inclusive um jogo com as normas jurídicas. É sem dúvida com uma outra acepção ainda que publicistas e especialistas de ciência administrativa o usam quando trabalham sobre a evolução da intervenção estatal (v. J. L. Autin, *Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes: un autre mode de régulation*, Rev. dr. Publ. 1988. 1213 e as referências).

¹⁰ Encontram-se distinções, não concordantes, por exemplo, em L. Duguit, H. Motulsky ou F. Luchaire — Comp. *Dictionnaire...*, cit., verb. *Règles*. par J. Wroblewski, e verb. *Norme*, par M. Troper e D. Loschak.

¹¹ P. Mayer. *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, 1973; G. de Geouffre de la Pradelle, *Essai d'introduction au droit français*. I. Ed. Erasmé, 1990, n° 37 (que distingue "princípios", "regras" e "decisões" no seio de um gênero "normas"). Acolhendo uma conceituação ilustrada por Kelsen, J. F. Perrin distingue as normas gerais, ou regras, e as normas individuais, tais como as ordens ou injunções

(*Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979, pp. 45 e ss.).

¹² Não se trata de decisão sem ato. Melhor: a decisão é um ato (inclusive a decisão implícita de que tenha sido tomada a partir das regras) produzindo, por sua própria realização, o efeito que ela busca sobre sua situação concreta. É quanto a seu objeto que a idéia de "performativo" desenvolvida pela teoria dos *speech acts* tem a pertinência mais indiscutível. Ao contrário, a norma não nasce necessariamente de um ato (ex: regras jurisprudenciais, ao menos nos sistemas que ignoram o *stare decisis*). Se ela não procede de um ato de legislação (no sentido material), o único resultado certo deste é precisamente de colocá-la, de fazer dela um elemento da ordem normativa em vigor. Ela vai em seguida viver e agir como simples produto desse ato de edição, adquirir uma "espessura" e uma eficiência próprias, por sua vocação para afetar um número *a priori* indeterminado de situações concretas. (v. infra, n° 18).

¹³ Cf. os numerosos trabalhos de G. Kalinowski, a começar por sua *Introduction à la logique juridique*. LGDJ. 1965. Recordar-se de suas controvérsias com o "antiformalista" Chaim Perelman.

¹⁴ A questão havia sido abordada por J. Ray (*Essai sur la structure logique du code civil français*. Alcan. 1926). Para referências aos escritos sobre esse tema de M. Villey, de um lado, de Motulsky, de MM. Kalinowski e J. L. Gardies, de diversos teóricos estrangeiros, de outro, V. nossa tese: *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Lyon III, 1975, n°s 4 e ss. Para outras modalidades de reconstrução: R. Guastini, *Lezioni sul linguaggio giuridico*, Turin, Giappichelli, 1985, e *Dalle fonti alle norme*, Turin, Giappichelli, 1990, pp. 13 e ss.

¹⁵ A. A. Martino, *Analyse automatique de textes juridiques et aide à la décision*, Annales de Piretj, n° Montpellier, 1989, p. 59.

¹⁶ Implicitamente operada, desde 1923, por Kelsen (distinção das *Rechtsnormen* e das *Rechtsätze*), a distinção desses dois níveis de linguagem jurídica teria sido explicitamente enunciada pela primeira vez em 1948, por B. Wroblewski. Sobre o conjunto do tema, v. *Le langage du droit*, t. XIX, Sirey, 1974. Para uma diferenciação mais complexa, J. Wroblewski. *Le langage juridique: une typologie*, Droit et société, n° 8, 1988, p. 13.

¹⁷ C. Grzegorzysk. *Le rôle du performatif dans le langage du droit*. Arch. philo. droit, t. XIX, Sirey, 1974, p. 229, e *L'impact de théorie des actes de langage dans le monde juridique: essai de bilan*, in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*. PUF, 1986, p. 165.

¹⁸ Para uma crítica radical da distinção das regras normativas e das regras constitutivas, v. P. Amselek. *Philosophie du droit et théorie des actes de langage*, in *Théorie des actes de langage, éthique et droit*. cit. p. 109 (especialmente, pp. 143 e ss.) - Contra: C. Grzegorzysk, *L'impact de la théorie des actes de langage...*, pp. 192-193.

¹⁹ S. Stromholm e H. H. Vogel, *Le réalisme scandinave dans la philosophie du droit*, LGDJ, 1975, n°s 97 e ss.

²⁰ *Le concept de droit*. trad. M. Van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976. pp. 33 e ss.

²¹ K. Olivecrona, H.L. Hart. M. Virally. Mac Cormick notadamente.

²² *Méthode phénoménologique et théorie du droit*. LGDJ, 1964 (esp. pp. 217 e ss.), cuja influência será facilmente identificada em nossos desenvolvimentos.

²³ Naquilo em que ele parece não conceber que as normas jurídicas possam ser outras coisas além de modelos de conduta (v. em particular. *La phénoménologie et le droit*, Arch. de phil. du Droit. t. XVII, 1972, p. 185; *Philosophie du droit et théorie des actes de langage*, cit. *Le droit technique de direction publique des conduites humaines*, Droits, 10/1989, p. 7). M. J. L. Souriaux acolhe a idéia de "modelos de referência", mas a propósito de "proposições normativas de comportamento" (*Introduction au droit*, PUF, 1987, n° 24). A interpretação que sustentamos parece bastante próxima, por outro lado, da de J. F. Perrin (*Règle*, in *Archives de Philosophie du Droit*, t. 35, Sirey, 1990, p. 245).

²⁴ A incerteza sobre o que vem a ser esse "meio" (meio social global, meio judiciário, meio dos profissionais especialistas na matéria?) carrega todas as consequências que conhecemos a respeito da positividade das regras imputadas a essa prática denominada "jurisprudência", que se assemelha simultaneamente ao fenômeno da imprensa, da autoridade (repertórios e doutrinadores tanto quanto juízes), da crença compartilhada (E. Serverin, *De la jurisprudence en droit privé*. *Théorie d'une pratique*, P. U. Lyon, 1985; Ph. Jestaz, *La jurisprudence*, ombre portée du contentieux, D. 1989. Chron. 149).

²⁵ Nas configurações empírico-jurídicas de onde nascem esses conflitos de competência normativa que são os conflitos de leis no tempo ou no espaço e os conflitos de regras que resultam de um concurso de qualificações.

²⁶ Cf. o caso da difusão de imagens do "rallye" Paris-Dakar 1986, permitindo a visualização de veículos portadores de publicidades proibidas por essa lei antitabagismo (Paris, 10 de janeiro de 1986. D. 1986, Flash n° 4; Gaz. Pal. 1986.1.76).

²⁷ G. Cornn. Les définitions dans la loi, in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 77 (que toma a definição por "uma norma jurídica, um enunciado de direito positivo", mas opera uma convincente distinção entre definição real e definição terminológica, que demandaria aqui um desenvolvimento mais detalhado).

²⁸ J.B. Auby. Prescription juridique et production juridique, Rev. dr. publ. 1988.673. É surpreendente que, partindo de uma concepção muito austiniana da norma jurídica, o autor não descubra mais "normas não-prescritivas".

²⁹ C. Atias. Normatif et non normatif dans la législation récente de droit privé. *Droit prospectif* 1982-2. p. 219; A. Viandier, La crise de la technique législative, Droits, n° 4, 1986, p. 75; J. B. Auby, cit.

- 30 A. Jeammud. Consécration de droit nouveaux positif. Sens et objet d'une interrogation, in *Consécration et usage de droits nouveaux*, CERCRIID, Université de Saint-étienne, 1987, pp. 9 e ss. - Sobre normas programáticas: Les formulations d'objectifs dans les textes législatifs, *Droit prospectif* 1989-4; Eros Roberto Grau, Direito, Conceitos e Normas Jurídicas. São Paulo, Ed. RT, 1988, pp. 131/153.
- 31 Motulsky, du Pasquier, J. Dabin, P. Pescatore, R. Lukic, na teoria de língua francesa. Mas também MM. A. Decocq, M. Puech, P. Mayer, e por último J. Héron (Étude structurale de l'application de la loi dans le temps, RTD civ. 1985.277).
- 32 Art. 1382 do CC francês: *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer*.
- 33 H. L. A. Hart, citado, pp. 155 e ss. Mac Cormick, cit. (que distingue utilmente "texto de regra" e "conteúdo de regra").
- 34 V. CERCRIID. Pour une réflexion sur les mutations des formes du droit, *Procés* 9/1982, p. 5; Les standards dans les divers systèmes juridiques, *Droit Prospectif* 1988-4.
- 35 B. Oppetit. L'hypothèse du déclin du droit, *Droits*, n° 4, 1986, p. 9.
- 36 Os contratos modernos, sobretudo quando são modelados por contratos tipos ou remetem a condições gerais, dão sem dúvida origem a normas individuais que se acrescentam às obrigações contratadas pelas partes ou as "equipam", fixando as modalidades de sua execução ou as consequências de sua inexecução.
- 37 *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962. esp. pp. 318 e ss.
- 38 P. Amselek, *Norme et loi*, Arch. ph. droit, t. 25, Sirey, 1980, p. 89, e L'évolution générale de technique juridique dans les sociétés occidentales, *Rev. dr. publ.* 1982.275 (espec., pp. 285 e ss.).
- 39 V. em particular G. Farjat, Réflexions sur les codes de conduite privés, e P. Sanders, *Codes of conduct and sources of law*, in *Le droit des relations économiques internationales. Études offertes à B. Goldman*, Litec, 1982, pp. 47 e 281; M. Bettati, Réflexions sur la portée du code international de conduite pour le transfert de technologie: éloge de l'ambiguïté, in *Étude offertes à... Colliard*, Pedone, 1984, p. 83 e as referências.
- 40 H. L. A. Hart. *Le concept de droit*, citado, pp. 51 e ss.
- 41 La sanction ou l'inconnue du droit, D. 1986. Chron. 197.
- 42 E. Serverin, P. Lascoumes e Th. Lambert. *Transactions et pratiques transactionnelles*, 1987, pp. 6 e ss.
- 43 Se a contrariedade de uma lei à Constituição não pode hoje ser "sancionada" senão em escassa medida (dado o regime de acesso à jurisdição constitucional), as normas da Constituição e de seu Preâmbulo têm vocação a serem manipuladas pelas outras jurisdições, administrativas ou judiciárias, para avaliar atos admi-

nistrativos ou privados (mas não regras de valor legislativo), interpretar outras regras, etc.

44 V. E. B. Pasukanis. *La théorie générale du droit et le marxisme*, Edi, 1970, pp. 83; A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*. Gallimard, 1981, pp. e ss.: J. Carbonnier. *Sociologie juridique*, Thémis, PUF, 1978, pp. 193 e ss. (e a referência a H. Kantorowicz): N. Rouland. *Anthropologie juridique*. PUF, 1988, nos 40 e ss. - V. igualmente, F. Ost e M. van de Kerchove. "Jurisdiction et définition du droit." *Droits*, 10/1989, p. 53.

45 O que permitiria apreender no campo as formas do "direito carismático".

46 Notadamente, D. Loschak, Le droit discours de pouvoir, in *Itinéraires, Études en l'honneur de Léo Hamon*. Economica, 1982, p. 429; CURAPP. *Le droit en procès*, PUF, 1983 (esp. os estudos de J. Chevalier e D. Loschak); G. Rocher, Droit, pouvoir et domination. *Sociologie et sociétés* (Montreal), vol. XVIII, n° 1/1986, p. 33.

47 A. Jeammaud. "Critique du droit" en Francia: de la búsqueda de una teoría materialista del derecho al estudio crítico de la regulación jurídica. *Anales de la Catedra Francisco Suarez* (Grenade), n° 25/1985, p. 105. - Sobre a importância dessa "ambivalência" do direito moderno na reflexão de um considerável filósofo contemporâneo. V. P. Guibentif, Et Habermas? Le droit dans l'oeuvre de Jurgen Habermas, *Droit et société* n°s 11/12, 1989, p. 159.

48 J. Chevallier. Droit, ordre, institution, *Droits*, 10/1989, p. 19.

49 Assim as regras de nossos sistemas jurídicos não provêm exclusivamente do mundo ético.

50 Não vemos que esse fenômeno estabeleceria a "falsidade sociológica" da regra correntemente designada pelo adágio *Nemo censetur legem ignorare*. Com efeito, o teor dessa norma é na realidade que a ignorância das regras jurídicas não poderia eximir das consequências da sua aplicação.

51 Cf., toda uma frente de pesquisas francesas destes últimos anos, cujos principais animadores são P. Lascoumes e E. Serverin.

Reportar-se-á ultimamente a um recente artigo desses pesquisadores: Le droit comme activité sociale. Pour une approche webérienne des activités. *Droit et société*, n° 9, 1988, p. 165.

52 CURAPP. *Les usages sociaux du droit*. PUF, 1989.

53 J. D. Reynaud, cit.

54 Certas distinções que se vinculam ao fato de que a conformação efetiva das coisas às normas parece mais ou menos intensamente pesquisada ou esperada, podem então fornecer um excelente quadro de interpretação. Assim, A. Supiot opôs "regras de direito" e "regras de normalização" (Délégalisation, normalisation et droit du travail. *Dr. soc.* 1984.296, esp. pp. 301 e ss) para apoiar uma leitura (um pouco sombria) da evolução legislativa do direito do trabalho. Uma tal oposição nos parece discutível, em particular pela escolha de negar pertinência ao "verdadeiro direito" de preceitos inscritos nas leis e que engendram uma malha cerrada

de obrigações. Ocorre que ela corresponde a uma diferença plausível entre dispositivos em que os autores entendem absolutamente respeitados pela prática (ex: as regras do código de trânsito ou as relativas à segurança no trabalho) - eles perseguem uma normalização das ações - e aqueles que introduzem faculdades, ou mesmo "imperativos", têm sobretudo por sentido prático apreciar *ex post* as situações ou as ações (ex: o art. 212 do

Código Civil segundo o qual "os cônjuges se devem mutuamente fidelidade, segurança e assistência"). Valeria a pena pesquisar sistematicamente em que medida essa distinção se manifesta no seio de corpos de regras reputadas de ordem pública (ex: na legislação do trabalho, inclusive nos seus setores de passo mais "reglamentarista"). Mas a significação de modelos de referência é, bem entendido, comum a todos os enunciados em causa.

El establecimiento de una política común de protección al medio ambiente - su necesidad dentro de un mercado común

Martha Lucia Olivar Jimenez

Doutora em Direito Comunitário - Universidade Robert Schuman, Strasbourg, França;
Professora do Curso de Pós-Graduação - Mestrado em Direito da UFRGS.

SUMÁRIO

A. Justificativos para la implantación de una política común ambiental en el MERCOSUR; 1. La polución puede afectar más de un estado; 2. La inexistencia de una política común en esta área puede afectar otros principios esenciales a un mercado común; 3. El establecimiento de una política común está previsto en el Tratado; B. Principios e instrumentos de una política común del medio ambiente en el MERCOSUR; 1. Principios fundamentales de una política común de protección ambiental; 2. Instrumentos para la implantación, desarrollo y perfeccionamiento de una política común del medio ambiente.

Abstract

Many reasons can be envisaged to set up a Common Environmental Policy in MERCOSUR: The environmental damages don't occur into the national frontiers, in a common market other fundamental principles be affected without a policy of that kind; finally, the Treaty of Asunción prescribes the protection of the environment in order to improve the standard of living of the nationals.

This paper also analyses the basic principles of Common Environmental Policy and suggests the instruments to built it.

El Tratado de Asunción de 26 de marzo de 1991 constituye en la actualidad la piedra angular del proceso integracionista entre los cuatro países subscritores. Este proceso tuvo su punto de partida con la firma de la Declaración de Iguazú entre Brasil y Argentina en noviembre de 1985¹ y daría lugar posteriormente al Acta para la Integración Argentino-Brasileña (1986)², al Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo (1988)³ y finalmente al Acta de Buenos Aires (1990)⁴ que previó la creación de un mercado común entre los dos países para el 31 de diciembre de 1994. Ante una iniciativa tan importante, los gobiernos de

Uruguay y Paraguay no podían quedarse atrás y decidieron adherir así al proyecto.

El artículo 1º del Tratado de Asunción consagra la decisión de los Estados-partes de constituir un mercado común en la misma fecha prevista por el Acta de Buenos Aires, mercado común que implica: la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos, el establecimiento de una tarifa externa común y de una política comercial común, la coordinación de políticas macroeconómicas y sectoriales y la armonización de legislaciones en las áreas pertinentes. Tal es el objetivo principal y bastante ambicioso establecido por el Tratado que prevé, durante el período de transición, la adopción de ciertos mecanismos: un régimen general de origen (anexo II), un sistema de solución de controversias (anexo III) y cláusulas de salvaguarda (anexo IV).

De otra parte son instituidos, a título provisional, órganos que tienen por misión garantizar la ejecución del Tratado⁵. No existe una organización internacional "MERCOSUR", creada por los Estados-miembros y dotada de personalidad, con poderes y autonomía propia. La supranacionalidad es un concepto extraño, por lo menos hasta ahora, a este proceso integracionista⁶. El Tratado de Asunción puede ser

considerado, en realidad, como un tratado de cooperación⁷ que será reemplazado por otro tratado o, como lo señala Gros Espiell⁸, complementado por uno o varios protocolos que determinen la estructura institucional definitiva del Mercado Común del Sur, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 18.

La realización de los objetivos de carácter comercial estipulados en el Tratado debe obedecer a una finalidad superior que gobierna el proceso integracionista subregional, cual es el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes de los Estados-partes⁹. La ampliación de los mercados nacionales, mediante la integración, figura en el preámbulo del Tratado como condición fundamental para la aceleración de los procesos de desarrollo económico de los países integrantes, con justicia social. Se deja claro que tal objetivo debe ser alcanzado, entre otros medios, a través del aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles y de la preservación del medio ambiente¹⁰.

De acuerdo con el artículo 31 numerales 1 y 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el preámbulo forma con el tratado un solo cuerpo y constituye, en consecuencia, un elemento imprescindible para su interpretación¹¹. La optimización de los recursos y la salvaguarda del medio ambiente deberán entonces orientar las diferentes acciones gubernamentales para la realización de los objetivos del Tratado de Asunción. Aparentemente, los gobiernos de los Estados contratantes consideraron la posibilidad de substituir los actuales modelos económicos de desarrollo por modelos integrados que, como ya lo señalara Jaro Maya¹², tendrían como fundamento esencial la unidad social comprendida como un "ecosistema humano". Tales principios están en total consonancia con aquellos establecidos en la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972)¹³ y en la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo (1992)¹⁴.

De acuerdo con las proposiciones que acabamos de enunciar, aun cuando en el

articulado del Tratado no exista norma alguna sobre la armonización de legislaciones nacionales relativas a la protección del medio ambiente o sobre el establecimiento de una Política Común en esa área, no cabe duda que en un futuro próximo serán necesarias acciones en uno de los dos sentidos. Basta analizar, como es inevitable cuando se estudia un fenómeno integracionista, el tratamiento recibido por este tipo de cuestiones dentro de las Comunidades Europeas.

Si bien el Tratado de Roma de 1957, constitutivo de la CEE, no contenía previsiones referentes a acciones comunitarias en materia ambiental, desde 1972 las instituciones comunitarias se vieron presionadas a adoptar los lineamientos generales de una Política Común del medio ambiente. El Acto Unico Europeo incluyó en la tercera parte del Tratado constitutivo un título completo sobre la acción de la Comunidad a ese respecto¹⁵. El Tratado de la Unión Europea consagra como una de las políticas fundamentales de la Comunidad la protección al medio ambiente (art. 3º) condicionando expresamente el desarrollo económico al respeto del mismo (art.2º).

Carlo Ripa di Meana, miembro de la Comisión Europea, destacó como uno de los principales elementos de aceleración de esta política común la presión ejercida por los ciudadanos comunitarios y por los grupos de interés; en su opinión las personas están cada día más conscientes que la calidad del medio está vinculada estrechamente con la calidad de vida en general¹⁶.

Varias son las razones que pueden ser presentadas para justificar el establecimiento de una política común del medio ambiente dentro del proceso integracionista del Cono Sur, considerando la constitución de un mercado común para fines de 1994. En este artículo nos limitaremos a señalar aquellas que por su importancia deben ser destacadas (A) y a determinar, tomando como base el estudio de la experiencia comunitaria europea particularmente, cuales podrían ser las principales directrices dentro del contexto particular de los Estados-partes y los

instrumentos necesarios al desarrollo de dicha política común (B).

A. Justificativos para la implantación de una política común ambiental en el MERCOSUR.

Como ya lo manifestara la Comisión de Comunidades Europeas¹⁷ múltiples son las razones que pueden apoyar el establecimiento de una política común de protección al medio ambiente dentro de un proceso de integración subregional. Podemos destacar, siguiendo en buena parte las orientaciones del órgano supranacional europeo, entre otras: el hecho que la polución puede afectar varios Estados dentro y fuera de los límites de la subregión (1.), los principios esenciales a la constitución de un mercado común como la libre circulación de mercancías y la libre competencia entre las empresas pueden verse alterados en caso de adopción de políticas divergentes en este campo (2.), el Tratado de Asunción contempla entre sus objetivos principales el mejoramiento de las condiciones de vida de los habitantes de la subregión que no puede llevarse a cabo sin una protección adecuada al medio ambiente (3.) y finalmente, la actuación coordinada de los países en los diferentes foros internacionales reforzará su posición dentro de la comunidad internacional tornándola más activa en estas áreas.

1. La polución puede afectar más de un estado.

Los accidentes responsables por daños ambientales ocurridos en la última década certifican por sí solos que la polución ambiental no se limita a las fronteras de un país. Tchernobyl, el accidente de Sandoz que contaminó el Rhin, la polución marina debida a accidentes de navios petroleros o a acciones deliberadas de guerra - como los incendios de pozos petroleros causados por los ejércitos iraquianos al retirarse de Kuwait, la degeneración de la camada de ozono, para citar algunos hechos, están aún presentes en la memoria de la comunidad internacional y le recuerdan constantemente

la interdependencia de los Estados en materia de protección al medio ambiente.

En el derecho internacional son famosos los casos de polución transfronteriza llevados a conocimiento de jurisdicciones internacionales, de comisiones conjuntas y hasta de jurisdicciones internas. En el ámbito de los países miembros del MERCOSUR un problema de éste género puede presentarse en relación con el funcionamiento de la termoeléctrica Presidente Médici, comúnmente conocida como Candiota, localizada en el Municipio de Bagé en el Estado brasileño de Rio Grande do Sul.

Desde 1987 han sido realizados varios estudios sobre el impacto que la combustión ejecutada en la termoeléctrica puede presentar para el medio ambiente, la salud humana, la producción agropecuaria, no solamente en las áreas próximas del territorio brasileño sino también, y principalmente, en el Uruguay¹⁸.

La mayor reserva carbonífera de Brasil se encuentra en el yacimiento de candiota, donde en 1967 fuera instalada la primera de las tres fases de la termoeléctrica Presidente Médici (Candiota I). En 1974 esta primera usina es reemplazada por la fase A de Candiota II, dotada de una chimenea de 150 metros de altura con precipitadores electrostáticos, doce años después la fase B es puesta en servicio, con tecnología más avanzada. Los precipitadores tienen por función retener las partículas y los iones gaseosos resultantes del proceso de combustión del carbón para disminuir la evacuación de productos contaminantes.

El carbón brasileño presenta un alto tenor de azufre y cenizas. Un 1% de la ceniza escapa de los precipitadores siendo liberada en la atmósfera junto con dióxidos de nitrógeno y de azufre, monóxido de carbono y partículas de carbono en cantidades nada despreciables¹⁹. Según análisis realizados en la Universidad Federal de Rio Grande do Sul, tales cenizas contienen elementos ecotóxicos de diferentes características: "cancerígenos (berilio, níquel, cromo y arsénico), neurotóxicos (plomo y mercurio), mutagénicos y teratogénicos (uranio) y causantes

de atrofas óseas (flúor)²⁰". Cuando las cenizas y los óxidos están en contacto con el vapor de agua presente en la atmósfera se crea el fenómeno de las lluvias ácidas. El viento de la región facilita la dispersión de sustancias poluentes en toda la zona²¹.

No es difícil imaginar las consecuencias nocivas que la existencia de los fenómenos a los cuales acabamos de referirnos presentan en una zona cuyas principales actividades son la agricultura y la ganadería (particularmente en el territorio uruguayo). Los efectos negativos ya se han dejado sentir en las regiones más alejadas de la usina, debido a la altura de la chimenea y al fenómeno atmosférico de los vientos de la región. Se han constatado por ejemplo daños en el terreno (la acidez del suelo ha aumentado) y la vegetación, en los cursos de agua, desgaste en la dentadura de los animales (lo que afecta directamente la calidad del cuero y de la carne), así como un aumento de enfermedades del sistema respiratorio y de la epidermis en la población.

Los técnicos brasileños aseguran que los niveles de azufre que se encuentran en el territorio nacional originarios de la combustión realizada en la usina no violan la legislación vigente, además la instalación de monitores en las áreas cercanas ha sido debidamente planeada, así como el plantio de árboles. No se justifica, en su opinión, la inversión en métodos de purificación más eficaces cuyo valor es elevado.

De su parte el Dr. Dámaso Tor considera que en un futuro próximo la contaminación transfronteriza podrá afectar de manera creciente el territorio argentino, cuya posición en relación a la contaminación de los cursos de agua es similar a la del Uruguay, tal situación no puede ser ignorada pues Argentina "...será una de las dos partes de mayor peso en la negociación de los acuerdos marco de regulación del medio ambiente en el proceso integracionista²²".

Un problema de esta naturaleza tiene tanta repercusión que en la Comunidad Económica Europea la Comisión presentó al Consejo una proposición de directiva para introducir una "tasa de energía" con el

objetivo de limitar las emisiones de dióxido de carbono en la atmósfera²³.

La polución de las aguas del río Amazonas debida a la utilización indiscriminada de mercurio por parte de los buscadores de oro brasileños constituye otro ejemplo de este tipo de problema y será causa de conflictos con países terceros al acuerdo subregional como Colombia, Perú o Venezuela. La adopción de principios comunes obligatorios para los Estados-miembros - preferencialmente de carácter preventivo - acompañados de mecanismos de carácter supranacional sería sin duda alguna ventajosa para los habitantes de la región.

2. La inexistencia de una política común en esta área puede afectar otros principios esenciales a un mercado común.

El establecimiento de principios comunes dentro del ámbito subregional presenta un interés económico indiscutible. Las diferencias en las políticas ambientales de cada Estado-parte pueden afectar seriamente la constitución de un mercado común. En primer lugar, porque las medidas tomadas por las autoridades nacionales en defensa del ambiente - de acuerdo con sus competencias - pueden erigirse en barreras para la libre circulación de mercancías (a-), principio esencial a ese nivel de integración y, en segundo lugar, porque la concurrencia entre las empresas puede verse afectada (falseada) en caso de imposición de cargas o de restricciones a sus actividades que varíen extremadamente de un país a otro (b-).

a- Como lo señaláramos anteriormente, el artículo 1º del Tratado de Asunción define el alcance del mercado común que los países contratantes entienden conformar para fines de 1994 y el artículo 5º se ocupa de los instrumentos necesarios, durante el período de transición, para la realización de tal objetivo. El programa de liberación comercial es el primero de dichos instrumentos y se encuentra reglamentado en el Anexo I del Tratado.

El párrafo inicial del artículo 1º del Anexo consagra el principio fundamental del

programa de liberación: la eliminación de los gravámenes y demás restricciones aplicadas al comercio recíproco de los Estados-partes. La definición de gravámenes y restricciones está prevista en el artículo 2º que especifica en relación con las segundas "...No quedan comprendidos en dicho concepto las medidas adoptadas en virtud de las situaciones previstas en el art. 50 del Tratado de Montevideo 1980²⁴". Indiscutiblemente la norma se inspiró en el artículo 42 del Acuerdo de Cartagena, cuya redacción fué substituída por el artículo 23 del Protocolo de Quito²⁵, que a su vez tiene su fuente en el artículo XX del acuerdo GATT "Excepciones Generales".

Dentro de las situaciones que la norma contempla como medidas cuya adopción o cumplimiento no pueden ser obstaculizadas, se encuentran aquellas destinadas a proteger la vida y la salud de las personas, de los animales y de los vegetales²⁶. La redacción de la parte final del art. 2º del Anexo I podría dar lugar a considerar tales situaciones como reservas de soberanía²⁷, que por naturaleza y a diferencia de las excepciones permitidas a la libre circulación por el artículo XX del Acuerdo General no estarían sujetas a ningún control ni límite.

No obstante los términos de la disposición, tomando en cuenta sus antecedentes así como los principios propios a la constitución de un mercado común, debemos considerar que las hipótesis consagradas en el artículo 2º constituyen en realidad excepciones al principio general. Siendo así su interpretación debe ser restringida y las medidas no podrán ser ni discriminaciones arbitrarias, ni restricciones disfrazadas al comercio entre los Estados-partes²⁸. Fuera de lo expuesto, como bien lo señala Estrella Faria, de permitirse la existencia de reservas de soberanía se llegaría al absurdo de poder restringir más fácilmente el comercio regional que el comercio con Estados terceros²⁹.

Desafortunadamente, ante la inexistencia de un órgano jurisdiccional supranacional que garantice la uniformidad en la interpretación de las normas del Tratado, esta

cuestión podrá recibir un tratamiento diferente en cada uno de los Estados-miembros dependiendo del órgano nacional que pretenda hacer aplicación de tal principio.

En el ámbito de la Comunidad Económica Europea, el artículo 30 del Tratado de Roma prohíbe las restricciones cuantitativas y todas las medidas de efecto equivalente que afecten el comercio intra-comunitario. El artículo 36 autoriza los Estados-miembros a prohibir o restringir las importaciones, las exportaciones o el tránsito de bienes por razones de moral pública, de orden público, de seguridad pública, de protección de la salud y de la vida de personas y animales o de preservación de vegetales, de protección de tesoros nacionales con valor artístico, histórico o arqueológico y de protección a la propiedad industrial³⁰. La norma establece como condición que tales restricciones o prohibiciones no constituyan ni un medio de discriminación arbitraria, ni una restricción disfrazada al comercio entre los Estados. La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas (CJCE) ha interpretado tal artículo taxativamente sin admitir ninguna posibilidad de extensión de las hipótesis allí previstas³¹.

Dos puntos han sido objeto de discusión por la doctrina en relación con los artículos 30 y 36 del Tratado de Roma y la protección al medio ambiente. El primero consiste en saber cuando una medida está destinada a proteger la vida y la salud humana o la fauna y la flora, cayendo así bajo el imperio del artículo 36. El segundo hace referencia a la libertad que los Estados-miembros tendrían, en ausencia de legislación comunitaria, de fijar un determinado grado de protección dentro de sus fronteras y tomar las medidas que consideren necesarias para alcanzarlo.

En cuanto a la primera cuestión, parte de la doctrina considera que si bien las acciones en favor del medio ambiente pueden contribuir a la protección de la salud humana, muchas de estas medidas no pueden ser consideradas como protectoras de la vida y de la salud de las personas, animales o plantas³². Estas últimas no estarían

entonces cubiertas por el artículo 36. El criterio utilizado en la diferenciación de esas dos situaciones parecería ser el efecto directo de la medida: si ella afecta la protección de la vida humana, la flora o la fauna estará cobijada por la norma, cuando no sea este el caso la medida será simplemente una medida ambiental y por lo tanto no podrá restringir la libre circulación de productos³³. Sin embargo, como lo veremos enseguida, la jurisprudencia del tribunal comunitario parece aceptar una interpretación flexible sobre este asunto.

En lo que respecta el segundo punto, en septiembre de 1988 la CJCE dictó una sentencia en la cual reconoció que la protección al medio ambiente puede justificar medidas restrictivas de la libre circulación de bienes³⁴. El gobierno danés había decidido implantar un sistema uniforme de envases sustituibles, prohibió la utilización de recipientes metálicos para la cerveza y las bebidas gaseosas y estableció que todos los demás envases de bebidas debían ser autorizados, para lo cual los comerciantes debían solicitar una licencia. Solamente serían exceptuados de tal obligación los comerciantes extranjeros comercializando menos de 3000 hl de bebidas por año. La Comisión de Comunidades Europeas atacó Dinamarca argumentando que tales medidas constituían una barrera para el comercio y por consiguiente debían ser prohibidas como contrarias a los principios que rigen la realización del mercado interno.

La Corte reconoció el derecho que todo Estado-miembro tiene de fijar el grado de protección ambiental que desea para su territorio, en consecuencia una medida contraria a la libre circulación de bienes (al artículo 30 CEE) puede justificarse por tales motivos. Sin embargo, los Estados-miembros están sujetos al principio de proporcionalidad, en otras palabras, no pueden recurrir a medidas tan drásticas que se vuelvan desproporcionadas (excesivas) en relación con el objetivo final y deben realizar esfuerzos para minimizar el efecto que dichas medidas tengan sobre la libre circulación de bienes. El Tribunal comunitario

consideró que el requerimiento de una licencia exigido para comercializar las bebidas era excesivo y contrario al artículo 30 CEE. Este último punto de la decisión implica, como lo señala Krämer, que las consideraciones relativas a la protección del medio ambiente que afectan la libre circulación de mercancías sólo vendrán a ser autorizadas en la medida en que sean "razonables", lo que equivale a decir que, en caso de conflicto, las consideraciones relacionadas con la libre circulación prevalecerán sobre aquellas relativas a la protección ambiental³⁵. Algunas decisiones de la Corte fuera del caso de "Las botellas danesas" señalarían la tendencia del Tribunal en fallar en ese sentido³⁶.

La ambigüedad de la decisión de 1988 crea, para las autoridades nacionales, la duda de saber, en ausencia de legislación comunitaria, que grado de protección es legítimo y que medidas pueden ser consideradas necesarias para alcanzar tal objetivo sin peligro de ser declaradas contrarias al artículo 30 CEE. Parte de la doctrina - cuya opinión compartimos - considera que de acuerdo a los artículos 100 A (4) y 130 T³⁷ los Estados-miembros, en ausencia de reglas comunes, son libres de decidir el grado de protección que desean imponer en su territorio y tomar las medidas necesarias para alcanzarlo. En la medida que esas disposiciones no constituyan discriminaciones arbitrarias ni simples restricciones disfrazadas al comercio intra-comunitario, no podrán ser cuestionadas. Sería imposible declarar que las medidas que depasen un "grado razonable de protección" son contrarias al artículo 30³⁸.

Como vemos, el hecho que, en el ámbito comunitario europeo, la protección del medio ambiente no sea materia de competencia exclusiva de los órganos supranacionales, puede dar lugar a la expedición de medidas nacionales susceptibles de obstaculizar la circulación de productos entre los Estados-miembros, medidas que eventualmente pueden ser discriminatorias o restricciones disfrazadas al comercio intra-comunitario. En este último caso, las instituciones comu-

nitarias han sido dotadas por los propios Estados-miembros de mecanismos, capaces de garantizar que los principios fundamentales a la realización de los objetivos estipulados en los tratados constitutivos sean respetados. No obstante el trabajo de la Comisión y principalmente de la CJCE en aras de la uniformidad en la interpretación y en la aplicación del Derecho Comunitario, muchas cuestiones continúan a ser controvertidas y sin duda necesitarán de un mayor desarrollo.

Ante la inexistencia de tales mecanismos dentro del MERCOSUR y sin parámetros comunes en esta área, el riesgo que problemas similares se multipliquen sin solución podrá poner en peligro las bases de este nuevo mercado común.

b- Otro de los principios fundamentales dentro de un mercado común es la garantía de competencia libre y leal entre las empresas establecidas al interior de la subregión. Tal principio puede verse afectado por la existencia de instrumentos legales y administrativos dirigidos al control de las actividades industriales, en aras de la protección al medio ambiente, en algunos de los Estados-miembros y su inexistencia o naturaleza menos restrictiva en otros.

En la Comunidad Europea, diversas situaciones conflictivas en esta área han dado origen a varias propuestas por parte de la Comisión ante el Consejo de Ministros y ante el Parlamento en el sentido de armonizar las disposiciones nacionales para eliminar ese tipo de distorsiones. A continuación nos referiremos a dos casos que consideramos particularmente ilustrativos.

La adopción en Alemania de una reglamentación en 1991, la ordenanza Toepfer, constituye un ejemplo de legislación con fines protectores del medio ambiente que puede dar lugar a acciones contrarias a la libre competencia entre las empresas del Mercado Común Europeo³⁹. La ordenanza impone a los distribuidores y productores la recuperación, la valorización y el reciclaje de envases cuando los consumidores los devuelven a los lugares de venta. Según esta

reglamentación el productor o el distribuidor cumplen sus obligaciones si participan de un sistema que asegure la recuperación de los envases utilizados. Mas de 500 de los mayores productores y distribuidores alemanes crearon una sociedad - Duales System Deutschland GmbH "DSD" encargada de la recuperación de envases que inició amplias campañas publicitarias para la realización de sus objetivos. Tales esfuerzos llevaron a crear la convicción entre el público consumidor de que únicamente los productos vinculados al sistema y que presentan su logotipo (un punto verde) son ecológicamente aceptables.

Como lo señala Patrick Thieffry, para muchos productores de otros Estados-miembros la colocación del punto verde en sus productos constituye una carga suplementaria afectando su competitividad en el mercado. La Comisión ha recibido varias demandas fundamentadas en las consecuencias negativas que tal situación presenta para la libre circulación de mercancías y la libre competencia al interior del Mercado Común. "La reunión de los principales industriales y distribuidores alemanes en el seno de DSD, así como los esfuerzos de esta sociedad para proteger el mercado alemán a través de su logo presentan todas las características de un acuerdo ("entente") y de un abuso de posición dominante prohibidos por los artículos 85 y 86 del Tratado CEE⁴⁰."

Desde el mes de enero de 1993 una reglamentación similar está siendo aplicada en Francia: el Decreto 92-377 que impone a todos los productores e importadores de productos comercializados en el mercado francés la obligación de valorizar los envases y embalajes de transporte y de venta. Para cumplir con sus obligaciones los productores e importadores tienen varias opciones: organizar un sistema de consignación; recuperar los envases usados en puntos específicos aprobados por la administración o encargar de tales tareas a una sociedad autorizada por la administración. La única sociedad autorizada hasta el momento es "Eco - Emballages SA". El Decreto

exige la aposición de marcas de identificación sobre los envases cuya recuperación es asegurada por los organismos autorizados, siendo en esto mucho más estricto que la ordenanza alemana. La sociedad francesa entró en acuerdo con DSD para utilizar el punto verde, en una violación evidente de las reglas de competencia del Tratado de Roma.

La Comisión ha manifestado frecuentemente su simpatía con las iniciativas de las empresas encaminadas a mejorar las condiciones del medio ambiente, pero igualmente vigila y garantiza que las mismas no recurran a la celebración de acuerdos que superen lo necesario para alcanzar tal objetivo afectando la competencia entre ellas. Así tuvo ocasión de manifestarlo en el caso VOTOB.

La asociación de seis empresas neerlandesas (Vereniging van Onafhankelijke Tankopslag Bedrijven - VOTOB) - operadores independientes - que ofrece servicios de almacenamiento de productos químicos en tanques en tierra para terceros, decidió - después de haber concluido un acuerdo con el gobierno en el sentido de mejorar las normas ambientales - aumentar los precios cobrados por sus miembros en un monto fijo y uniforme. Tal aumento estaría destinado a cubrir los costos de la inversión necesaria para reducir las emisiones de vapores de los tanques de almacenamiento. La Comisión consideró tal conducta contraria al artículo 85 del Tratado CEE por tres razones: el aumento es fijo excluyendo la competencia relativa a éste elemento; su naturaleza uniforme ignora las diferencias existentes a nivel de las circunstancias de cada miembro individual; finalmente, el aumento es cobrado a los clientes de las empresas asociadas como un monto distinto que surge aparentemente de una exigencia del gobierno, cuando en realidad el gobierno no hizo ninguna referencia a una obligación de este tipo⁴¹.

Antes de que la Comisión tomase una decisión definitiva en este caso, la VOTOB decidió renunciar a la aplicación del aumento. La Comisión suspendió el proceso.

Como lo señala éste órgano comunitario, en su XXII Informe sobre la Política de Competencia, los costos de la inversión "poluidor - pagador" pueden repercutir eventualmente en los clientes, haciéndolos más conscientes de los problemas ambientales y de sus consecuencias. Sin embargo, ellos deben conservar la posibilidad de negociar condiciones más favorables y enfrentar los aumentos de precio.

3. El establecimiento de una política común está previsto en el Tratado.

En la parte introductoria de este trabajo hicimos referencia a las disposiciones consagradas en el preámbulo del Tratado de Asunción sobre la obligación, de los Estados-miembros, de velar por la preservación del ambiente como uno de los medios de alcanzar el desarrollo económico de los países de la subregión, objetivo principal del proceso integracionista. Nos permitimos remitir el lector a las consideraciones que allí constan, limitándonos a destacar aquí las acciones que han sido encaminadas por parte de los órganos de ejecución del Tratado.

El Grupo Mercado Común, considerando la necesidad de analizar las legislaciones relativas a la protección ambiental vigentes en los Estados-Partes - a fin de concertar sus respectivas políticas en esa área - y teniendo en cuenta que el tema está siendo tratado por varios subgrupos de trabajo (en la medida en que presente relación con las competencias de los mismos), dictó la resolución n° 22/92. En ella se resuelve crear una Reunión Especializada de Medio Ambiente que analizará las normas vigentes y propondrá recomendaciones al Grupo Mercado Común sobre las acciones que considere necesarias a los objetivos de preservación ambiental, en las diferentes áreas de trabajo. Hasta el momento esta Reunión Especializada no ha tenido lugar, pero la resolución constituye una prueba de la preocupación de las autoridades del Tratado con estas cuestiones.

B. Principios e instrumentos de una política común del medio ambiente en el MERCOSUR.

Hemos visto algunos de los principales fundamentos a favor de la implantación de una política común de protección al medio ambiente dentro del proceso integracionista del MERCOSUR; en esta segunda parte del trabajo nos proponemos analizar los principios que deberían - a nuestro entender y de acuerdo con las experiencias existentes - inspirar tal política (1.), así como los instrumentos que podrían ser utilizados para su desarrollo y perfeccionamiento (2.). Como base de tal análisis tomaremos la evolución de la política común del medio ambiente en el seno del proceso de integración europeo, que acaba de ganar relevancia con la firma del Tratado de Maastricht. Queremos destacar las dificultades que ese fenómeno ha presentado en Europa y con las cuales los Estados miembros del MERCOSUR podrán eventualmente confrontarse, siendo obligados a darles pronta solución, so pena de retardar aún más la conformación de este nuevo mercado común.

1. Principios fundamentales de una política común de protección ambiental.

Si los principios básicos de la Política ambiental de las Comunidades Europeas, que rigen la actuación de los órganos supranacionales y deben ser obedecidos por las autoridades nacionales, han sido confirmados desde 1973 (año del primer programa de acción en este campo) la jerarquía entre ellos ha sufrido algunas alteraciones. Tales cambios obedecen a la evolución del proceso integracionista como un todo, en particular a la expansión económica resultado del perfeccionamiento del mercado interno y a las implicaciones que esta ha presentado para el medio ambiente.

Efectivamente, como bien lo señalara la Comisión⁴², la Comunidad pasó de dar preeminencia a las acciones "curativas" para concentrar sus esfuerzos en programas de tipo preventivo. El Tercer programa de ac-

ción en el ámbito del medio ambiente presentado por la Comisión en 1983 establecía que la política común debía encaminarse a evitar la creación de poluciones o de daños, acentuando así su carácter preventivo, y destacaba la necesidad de que ella acompañase el progreso económico y social. Como ya señaláramos en la introducción, un nuevo impulso fué dado por el Acto Único que incluyó dentro del texto del Tratado CEE un título completo sobre la protección al medio ambiente (Título VII).

El título VII fué modificado por el Tratado de la Unión Europea⁴³, el texto actual del artículo 130 R consagra, en su segundo párrafo, como objetivo esencial de la política común la búsqueda de un grado de protección elevado, tomando en consideración la diversidad de situaciones existentes en las regiones que integran la Comunidad. Esa misma disposición señala los principios fundamentales de la acción comunitaria: la precaución y la acción preventiva (a-); la corrección, prioritariamente en la fuente (b), de los daños causados al medio ambiente y el principio del "poluidor - pagador" (c-). Por su parte, la Comisión ha manifestado continuamente la convicción sobre la necesidad de emitir normas estrictas de protección, que obedezcan a la preocupación creciente de los consumidores en relación a los temas ecológicos⁴⁴.

Tales principios, que reflejan la evolución de la comunidad internacional hacia una conscientización sobre los problemas ambientales y la responsabilidad que todos los gobiernos tienen en garantizar una mejor calidad de vida para sus pueblos, pueden ser adoptados dentro del proceso de conformación del MERCOSUR, al establecer programas y acciones comunes en esta área⁴⁵. No obstante, dependerá en buena parte (por no decir totalmente) de la voluntad política de los países comprometidos en la constitución del mercado común, que estos principios dejen de ser meras formulaciones teóricas y pasen a tener una aplicación eficaz. Este problema ya ha sido planteado en Europa, donde el proceso integracionista cuenta con un amplio aparato institucional des-

tinado al desarrollo y ejecución de dichos fundamentos⁴⁶. Las autoridades nacionales directamente encargadas de la conducción de las negociaciones dentro del MERCOSUR deben ser conscientes de ello y tomar conocimiento de los obstáculos y problemas que se han presentado dentro del proceso europeo para evitar cometer errores similares.

a- De acuerdo con el principio de precaución y de la acción preventiva, el desarrollo económico y social debe ser realizado de tal manera que los problemas ambientales puedan ser evitados. Actualmente no se discute el hecho de que el costo de la prevención de daños ambientales es mucho menor que el de la interrupción de los mismos o de su reparación, cuando ésta es aún posible. Este principio implica para la Comunidad y los países-miembros el deber de integrar dentro de las otras políticas y acciones comunes, desarrolladas dentro del proceso de integración con miras a su perfeccionamiento, la protección del medio ambiente. Como lo señala la Comisión "las medidas para proteger el medio ambiente nunca darán resultado si se tienen en cuenta aisladamente"⁴⁷. Dentro del proceso integracionista del MERCOSUR parece que ésta posición está siendo adoptada en el seno de los diferentes subgrupos de trabajo encargados del estudio y elaboración de normas comunes o de armonización de las legislaciones existentes⁴⁸.

Las medidas tomadas últimamente por las autoridades comunitarias están encaminadas a garantizar la realización del "desarrollo sostenible", o sea el acomodar la actividad económica y social a lo que la tierra pueda soportar. El principio de la prevención adquirió una importancia primordial con la firma del Tratado de Maastricht y la publicación del quinto programa de acción sobre el medio ambiente, en febrero y abril de 1992 respectivamente, sin embargo, ya desde julio de 1988 un instrumento buscaría darle plena vigencia dentro del territorio comunitario: la directiva de la Comunidad relativa a la evaluación del impacto ambiental. Tal directiva está destinada a ser implementada por las autoridades naciona-

les y aplicada particularmente en ciertos sectores: agricultura, industria petrolífera, energía, transporte, desarrollo regional y turismo. La evaluación tiene dos finalidades primordiales: identificar los efectos que un proyecto presenta sobre la población, la fauna, la flora, el medio ambiente en general y analizar las interacciones de todos esos factores tomando en consideración los valores materiales y la herencia cultural⁴⁹. La participación del público está prevista como un instrumento coadyuvante del estudio realizado por las autoridades respectivas, razón por la cual la directiva comunitaria destaca la importancia de dar publicidad e información suficiente a tales análisis⁵⁰.

Dentro de las legislaciones ambientales vigentes en los países del Cono Sur se destaca la brasileña. La Ley nº 6938, de 31 de agosto de 1981, sobre la política nacional del medio ambiente, prevé entre sus instrumentos fundamentales: la evaluación del impacto ambiental y la concesión de licencias y revisión de actividades efectivas o potencialmente poluidoras⁵¹.

El estudio del impacto ambiental está reglamentado por la Resolución nº 001/86 del Consejo Nacional del Medio Ambiente, considerada satisfactoria. Sin embargo, el sistema presenta varias deficiencias entre las cuales cabe destacar: en primer lugar, el hecho de que la ejecución de los estudios de impacto ambiental es realizada de manera parcial, para emprendimientos aislados y no para programas estratégicos gubernamentales y de largo plazo y, en segundo lugar, la poca participación popular dentro de dichos estudios, que constituye la mejor manera de suplir la ausencia de padrones integrales de evaluación⁵².

La audiencia pública prevista en la legislación brasileña para discutir los Relatorios de Impacto Ambiental (RIMA) debería ser, en la opinión de los técnicos en estas áreas, perfeccionada para garantizar una participación efectiva de la comunidad afectada por el emprendimiento de que se trate. Una amplia publicidad, el estímulo a la participación de la opinión pública en varias audien-

cias entre las partes interesadas, a lo largo del proceso de planeación, emprendimiento e incluso con posterioridad al otorgamiento de la licencia, consistirían instrumentos eficientes de educación y conscientización popular sobre el impacto ambiental⁵³.

Las disposiciones previstas en las leyes brasileñas podrían servir de base a la elaboración de medidas similares en el ámbito del MERCOSUR, con las reformas necesarias fundamentadas en el estudio de las reglamentaciones comparadas y de los sistemas de aplicación existentes en los otros países-miembros, a fin de garantizar, en la medida de lo posible, su eficacia.

Otros instrumentos jurídicos, originados en el quinto programa comunitario de acción por el medio ambiente, estrechamente vinculados a la efectividad del principio de la prevención de los daños ambientales y de la realización del desarrollo sostenible son: la posibilidad para los productores de colocar sobre sus productos un logotipo, la "Eco-etiqueta", derecho que será acordado por un organismo del Estado-miembro nacional en consideración a los resultados ecológicos globales a lo largo de su actividad económica y el derecho de colocar un logo, el "Eco-audit" (denominación francesa), sobre los documentos comerciales (prospectos y folletos, encabezamientos en papelería y publicidad en general). Este último, consistiría en un instrumento de organización interna y un indicador del suceso ecológico de las actividades de la empresa destinado a los accionistas, aseguradores, financiadores, autoridades públicas y al público en general⁵⁴. Como vemos, el objetivo principal perseguido por estos instrumentos es el de mejorar el sistema de información de los consumidores sobre el impacto ambiental de los productos que ellos adquieren.

No podemos dejar de señalar que numerosas directivas y decisiones han sido emitidas por los órganos comunitarios destinadas a prevenir daños ambientales, como por ejemplo la decisión que instituye un sistema de información para la prevención de la polución marina por hidrocarburos⁵⁵, o

todas aquellas que se ocupan de la conservación del patrimonio natural así como de la seguridad en la realización de actividades nucleares.

b - El principio de la corrección prioritariamente en la fuente de daños ambientales es el fundamento de la "acción curativa" que la Comunidad viene desarrollando desde el establecimiento del primer programa de acción común en esta área. Más de doscientos actos legislativos han sido emitidos para tratar de reparar los daños causados por las actividades industriales y sociales al medio ambiente, que han sido considerables en el continente europeo, e igualmente atenuar los efectos nocivos de la polución industrial sobre otras actividades económicas. Las medidas abarcan la contaminación atmosférica, de las aguas, del suelo, la gestión de residuos, las normas de productos, la reducción de los niveles de ruido y la protección de la naturaleza en general. Podemos destacar aquí las medidas tomadas para evitar la polución por amianto⁵⁶, destinada a limitar el daño causado atacando el problema en la fuente y no tentando darle solución separadamente, en cada sector.

Como lo señala Nicolas Moussis⁵⁷, la Comunidad al actuar debe hacerlo a un nivel adecuado, o sea, que para cada polución que se quiere combatir es necesario determinar el nivel de acción mejor adaptado a la naturaleza de la polución y a la zona geográfica que se desee proteger. Así entonces las medidas podrán ser tomadas a nivel local, regional, nacional, comunitario o internacional según el caso. Serán realizadas acciones comunitarias únicamente cuando a ese nivel la eficacia de las medidas sea mayor. Esta orientación está de acuerdo con un principio integrado dentro del nuevo Tratado de la Unión Europea: la subsidiariedad⁵⁸. El peligro de elevar tal principio al rango de principio institucional, no sólo en el área de protección ambiental sino en relación con el proceso integracionista en general, ya ha sido resaltado por algunos autores⁵⁹.

Cabe destacar aquí la influencia de la Comunidad a nivel internacional. Siendo el mayor mercado único y el grupo comercial más importante del mundo, la Comunidad se encuentra en una situación privilegiada para marcar la pauta en el establecimiento y aplicación de normas dirigidas a garantizar el desarrollo sostenible, el respeto y protección del medio ambiente. En la Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno, presentada en Dublín en junio de 1990, consta: "Reconocemos nuestra especial responsabilidad en cuanto al medio ambiente, tanto ante nuestros propios ciudadanos como ante el resto del mundo. Nos comprometemos a intensificar nuestro esfuerzo para proteger y mejorar el entorno natural de la comunidad y del mundo del que forma parte. Entendemos que la actuación de la Comunidad y sus Estados-Miembros debe desarrollarse de forma coordinada, basándose en los principios de desarrollo sostenible y actuación preventiva y profiláctica... La Comunidad debe hacer un uso más eficaz de su posición de autoridad moral, económica y política para impulsar el esfuerzo internacional por solucionar los problemas mundiales y fomentar el desarrollo sostenible..."⁶⁰.

Las acciones comunes destinadas a corregir los daños causados por actividades poluidoras están íntimamente ligadas al principio del poluidor - pagador que examinaremos a continuación, por lo cual no nos extendemos en este punto.

c - De acuerdo con el principio del poluidor-pagador, los gastos vinculados a la lucha contra la polución, así como aquellos provenientes de la reparación de los daños ambientales resultantes de una actividad industrial le corresponden al poluidor. Dentro de la legislación brasileña se prevé como uno de los objetivos de la Política Nacional del medio ambiente la imposición al poluidor y al predador de la obligación de recupear e/o indemnizar los daños causados por su actividad⁶¹.

La Comisión de las Comunidades Europeas considera poluidor aquel que degrada

directa o indirectamente el ambiente o crea condiciones que lleven a su degradación. Una definición en el mismo sentido, bastante genérica y criticable por su vaguedad⁶², está consagrada igualmente en las disposiciones brasileñas (art. 3º IV de la Ley 6938).

De conformidad con este principio han sido tomadas medidas de diversa naturaleza y otras están siendo estudiadas, particularmente desde la expedición del quinto programa comunitario de acción en pro del medio ambiente. Pueden ser destacados los esfuerzos realizados por los órganos comunitarios la traducción del principio en términos de responsabilidad civil. Así por ejemplo, el 1º de septiembre de 1989 la Comisión publicó una proposición de directiva sobre la responsabilidad de daños causados por los desechos con el objetivo de armonizar las legislaciones de los Estados-miembros, imponiendo una responsabilidad estricta respecto de los daños corporales y patrimoniales, así como de los ataques causados por tales productos al medio ambiente. El principal responsable sería el productor, considerado de manera amplia por las disposiciones⁶³. El quinto programa prevé la extensión de la responsabilidad civil a todos los tipos de perjuicios al medio ambiente. La responsabilidad civil debe constituir un elemento esencial de la política común, como es el caso en los Estados Unidos.

En el mismo sentido la Comisión considera que la adopción de medidas fiscales, las "Eco-tasas" o "Eco-impuestos" podrían servir progresivamente a desestimular la polución en la fuente o a animar la utilización de procedimientos de producción conformes a la protección ambiental. Estas medidas pueden también ejercer, según los términos del órgano comunitario, una influencia considerable sobre los hábitos de comportamiento y consumo de los individuos dentro de la región⁶⁴. Lamentablemente la efectiva aplicación de estos últimos mecanismos está aún lejos de ser una realidad, debido a la fuerte oposición de las industrias comunitarias afectadas por ella que ven su implantación como un obstáculo

para hacer frente a la competencia extranjera. Medidas similares e instrumentos destinados a garantizar su eficacia a nivel regional podrían ser estudiadas por los actuales órganos encargados de la ejecución del Tratado de Asunción y por los subgrupos de trabajo con miras a su futura implantación dentro del MERCOSUR.

2. Instrumentos para la implantación, desarrollo y perfeccionamiento de una política común del medio ambiente.

Esta última parte de nuestro trabajo estará dedicada a un breve análisis del papel esencial que órganos comunitarios desempeñan en el establecimiento y desarrollo de una política común de protección al medio ambiente (a-), así como de los instrumentos jurídicos empleados por tales instituciones en el desempeño de sus funciones (b-). Nos concentraremos un vez más en la experiencia comunitaria europea, actualmente la más avanzada, por no decir la única que existe, en este campo.

a- Los órganos comunitarios han sido los responsables por la implantación, desarrollo y perfeccionamiento de la política común del medio ambiente. La actuación de la Comisión ha sido vital en esta área. El trabajo desempeñado por esta institución se encuentra en la base de los programas de acción común de protección al medio ambiente. Son cinco los programas adoptados hasta hoy: el primero presentado en 1973 y el segundo en 1977 estaban orientados a dar solución a los graves problemas de contaminación existentes en el territorio comunitario; el tercero, de 1983, definió una estrategia global y preventiva de protección ambiental y de los recursos naturales, mudando de esta forma la orientación de la acción comunitaria; el cuarto programa, presentado en 1987, confirmó esa orientación e hizo de la política del medio ambiente un elemento esencial de cualquier política económica y social; en el quinto programa la Comisión deja clara su preocupación frente al boom económico resultante del perfeccionamiento del mercado interno y a las

consecuencias nocivas que pueden presentarse en el ámbito de la protección ambiental (en su relatorio sobre el estado del medio ambiente es constatada una mayor degradación del mismo).

La Comisión resiente igualmente, en este último programa, la necesidad de imponer un cambio en los hábitos de consumo y en el comportamiento de todos los miembros de la sociedad, tendientes a crear una responsabilidad compartida. Para llevar a cabo tal objetivo, el órgano comunitario prevé la institucionalización de una vasta gama de instrumentos integrados dirigida a crear una interacción entre los gobiernos de los Estados-miembros, las industrias, los principales sectores económicos y el público en general⁶⁵.

El Tratado de Maastricht no se limitó a consagrar nuevos principios y a completar los existentes, sino que creó mecanismos generales que facilitan la adopción de nuevas medidas por parte del Consejo, de la Comisión y del Parlamento (que es vinculado estrechamente al proceso de decisión) dando una mayor autonomía a la Comunidad en relación con los Estados-miembros y garantizando el ejercicio de la supranacionalidad con miras a la constitución futura de una verdadera Unión Europea, "en la que las decisiones serán tomadas al nivel más próximo posible de los ciudadanos"⁶⁶.

Así, el nuevo artículo 130 S 1 institucionaliza el voto a la mayoría calificada dentro del Consejo y el procedimiento legislativo de la "cooperación" - previsto en el artículo 189 C - en la adopción de acciones destinadas a la realización de los objetivos de la política común contenidos en el artículo 130 R. Es fundamental en ese procedimiento la participación del Parlamento Europeo. El numeral 2 de la misma disposición exige la unanimidad para la adopción de ciertas medidas particulares.

Es de lamentar, como lo destaca Patrick Thieffry, que el Tratado no haya acordado a la política ambiental común el beneficio del procedimiento de "codecisión" consagrado en el artículo 189 B. El numeral 3 del artículo 130 S prevé que sean adoptados de

acuerdo con tal procedimiento únicamente los programas generales de protección al medio ambiente. La "codecisión" confiere al Parlamento poderes mucho más amplios, en la toma de decisiones, que aquellos que él posee gracias a la "cooperación". En efecto, gracias al artículo 189 B, el Parlamento llega a disponer, en la práctica, de un poder decisorio equiparable al del Consejo, que hasta entonces era la máxima instancia decisoria dentro del sistema comunitario⁶⁷.

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas ha ejercido sus poderes de guardiana del orden jurídico-comunitario, garantizando la interpretación y la aplicación uniforme del conjunto de disposiciones jurídicas de la política común de protección al medio ambiente. La jurisprudencia del tribunal Comunitario ha permitido el mejoramiento de las disposiciones existentes, así como la adopción de nuevas medidas adaptadas a las realidades de una región en constante mutación. La actuación de la Corte, en muchos casos solicitada por los otros organismos comunitarios, principalmente el Parlamento y la Comisión, ha forzado los Estados-miembros a someterse a las disposiciones de protección ambiental en vigor⁶⁸.

Las autoridades de los Estados miembros integrantes del MERCOSUR deberán tener en cuenta esa experiencia cuando entren a definir la estructura institucional definitiva del mercado común, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18 del Tratado de Asunción. La existencia de autoridades supranacionales, dotadas de plena autonomía de actuación, constituye una garantía del progreso de un proceso integracionista, fundamentado en un orden jurídico propio cuya aplicación e interpretación uniforme debe ser asegurada.

b- El instrumento jurídico empleado de manera privilegiada, en el área de la protección ambiental, por las autoridades comunitarias europeas ha sido la directiva. Este es, a diferencia del reglamento, el instrumento esencial de armonización a nivel comunitario⁶⁹. No debemos olvidar que la política ambiental es una de las áreas en que la Comunidad no tiene atribuciones exclu-

sivas, sino que concorre con los Estados-miembros.

El efecto directo ha sido reconocido en favor de las disposiciones claras y completas de las directivas, lo que trae como consecuencia que los ciudadanos comunitarios puedan hacer valer los derechos, que las normas supranacionales les reconocen, ante las autoridades nacionales⁷⁰.

Varios estudios doctrinarios, así como los relatorios de la Comisión sobre la realización de la política común del medio ambiente, han demostrado las dificultades que la implementación de las disposiciones de las directivas comunitarias enfrenta por parte de las autoridades nacionales. Richard Macrory señala fundamentalmente tres: La falta por parte del Estado-miembro de comunicar a la Comisión la legislación nacional y las medidas de otro tipo implementado los instrumentos comunitarios de que se trate; la incompleta o incorrecta transposición de las obligaciones comunitarias en el derecho nacional y finalmente la falta de ejecutar en la práctica las obligaciones comunitarias, independientemente del estado de evolución del derecho nacional⁷¹.

Las dos primeras categorías, destacadas por el autor, están relacionadas con los aspectos formales de la obligación de implementación de las disposiciones comunitarias, la tercera y más importante constituye el incumplimiento esencial del compromiso del Estado, representando el mayor obstáculo al avance y perfeccionamiento de una política común en esta área.

Los órganos supranacionales europeos no han dejado de realizar esfuerzos en el sentido de forzar los Estados-miembros a cumplir con las obligaciones que adquirieron al adherir al movimiento integracionista, pero hasta ahora se enfrentan con la oposición de las autoridades nacionales (particularmente a nivel local y regional) a someterse a decisiones que emanan del ejercicio de poderes que superan los conceptos tradicionales de la soberanía estatal.

Los medios tradicionales instituidos por el Tratado de Roma para actuar frente a un incumplimiento de esta naturaleza estan

concentrados en las acciones que la Comisión puede ejercer de conformidad con el artículo 169. Este procedimiento presenta tres fases: la primera consiste en comunicar al Estado, mediante una carta formal, la situación de incumplimiento en que se encuentra, con la finalidad de que por propia iniciativa se someta a las disposiciones supranacionales; posteriormente si el Estado no ha modificado su conducta, la Comisión emite una "Opinión fundamentada" sobre la manera en que el Estado debe implementar la directiva; si el Estado, en el periodo establecido en dicha opinión, no ha obedecido las determinaciones de la Comisión, esta someterá el caso a conocimiento de la Corte de Justicia. En principio las decisiones del tribunal Comunitario son obligatorias, no obstante la práctica ha demostrado que depende mucho de la voluntad del Estado el cumplimiento de las sentencias, ante la falta de medios coercitivos por parte de la Comunidad a éste fin. El Tratado de Maastricht, teniendo en cuenta tal situación, extendió las facultades de la Corte. En el futuro, mediante propuesta de la Comisión, el órgano jurisdiccional comunitario podrá imponer sanciones pecuniarias a los Estados-miembros que hayan violado el Derecho Comunitario o no hayan tomado las medidas necesarias a la ejecución, de sus sentencias.

El artículo 170 CEE otorga a los Estados-miembros la posibilidad de acudir ante la CJCE para exigir el cumplimiento de una obligación de otro Estado, sin embargo tal posibilidad es raramente utilizada debido a las implicaciones políticas que tal actuación puede acarrear para el Estado que ejerce la acción y porque, en general, todos los Estados tienen algo que reprocharse en materia de cumplimiento de las obligaciones para con la Comunidad y lo último que desean es encontrarse más tarde en la misma situación.

El Parlamento Europeo ha adoptado numerosas resoluciones, principalmente desde 1990, con la finalidad de facilitar a las instituciones de la Comunidad el control de la aplicación de las normas supranacionales en el ámbito interno de cada uno de los

Estados-miembros. De otra parte, la Comisión somete a su consideración informes anuales sobre ese mismo aspecto. Tales actividades están dirigidas a garantizar la eficacia del orden jurídico supranacional, sin la cual es imposible realizar los objetivos generales del proceso integracionista.

Dos son los órganos encargados por el Tratado de Asunción de velar por la ejecución de sus disposiciones. El Consejo Mercado Común y el Grupo Mercado Común están autorizados a tomar todas las medidas que consideren necesarias al cumplimiento de esta misión. Las decisiones del Consejo están destinadas, sin ninguna duda, a representar un papel primordial en el establecimiento y perfeccionamiento de una política común de protección al medio ambiente.

Actualmente no debe dudarse de la fuerza vinculante que, para los países del MERCOSUR, revisten estos instrumentos. Sin embargo, sería aconsejable institucionalizar su publicación en un órgano de divulgación propio del proceso de integración, garantizando de manera uniforme su publicación inmediata en el territorio de la subregión, a ejemplo de lo que sucede en las Comunidades Europeas y en el Pacto Andino, donde todas las medidas de carácter jurídico adoptadas por los órganos comunitarios son publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas y en la Gazeta Oficial del Acuerdo de Cartagena respectivamente.

La incorporación de estas medidas dentro del orden jurídico de los Estados-miembros debe estar acompañada del reconocimiento de la primacía de las mismas frente a las disposiciones contenidas en la legislación nacional. Si las normas jurídicas consagradas en decisiones emanadas de órganos encargados de velar por la realización de un proceso de integración pueden ser derogadas por leyes nacionales posteriores, los fundamentos mismos del MERCOSUR estarán gravemente comprometidos.

La institucionalización de un órgano de carácter jurisdiccional, con poderes suficientes para asegurar el cumplimiento y la interpretación uniforme de las normas bá-

sicas de éste nuevo derecho que está en nacimiento, es una necesidad urgente si queremos la realización de un mercado común en el Cono Sur.

Pero la participación de la opinión pública es esencial en el área de la política ambiental. Sin la conscientización de la sociedad sobre su papel en la conservación del medio ambiente, el establecimiento, la realización efectiva de una política común y su evolución son imposibles. Así se ha constatado en Europa, donde "la opinión pública galvanizó los gobiernos y la Comunidad a considerar el ambiente como una prioridad política de alto nivel"⁷². La sociedad ejerce permanentemente presión sobre el Parlamento Europeo para la expedición de normas cada vez más estrictas de protección ambiental. Este órgano, como ya vimos, se vió extender en el Tratado de Maastricht sus poderes de participación en el proceso decisorio comunitario. La Comisión estimula los ciudadanos europeos a informar o presentar reclamos sobre la negligencia de las empresas en tomar medidas preventivas de daños ambientales, o sobre la efectiva realización de perjuicios de ese tipo. Tales quejas y reclamos están a la base de numerosas investigaciones y acciones de la Comisión.

Por todo lo anterior vemos que la información de los individuos, la realización de programas de educación orientados a que tomen consciencia sobre la importancia de estas cuestiones y sobre el impacto que ellas revisten para el mejoramiento del nivel de vida, son esenciales en la consecución de los objetivos perseguidos por el Tratado de Asunción.

Notas

¹ Declaración de Iguazú, 30 de noviembre de 1985, firmada por los Presidentes Raul Ricardo Alfonsín y José Sarney. PE 077. Secretaria Especial para Assuntos Internacionais - Estado do Rio Grande do Sul.

² El Acta instituyó el Programa de Integración y Cooperación Económica (PICE) que pretendía promover la creación de un espacio económico común mediante el establecimiento de un programa de liberación integral del intercambio recíproco.

³ Tratado de Integración, Cooperación y Desarrollo entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil, Buenos Aires, 29 de noviembre de 1988, en *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires: Depalma, No. 38, pp. 373-376, mayo-agosto 1991.

⁴ Acta de Buenos Aires, 6 de julio de 1990, en *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires: Depalma, No. 38, pp. 376-377, mayo/agosto 1991.

⁵ Los órganos previstos son, de acuerdo con el art. 9, el Consejo del Mercado Común y el Grupo Mercado Común y según el art. 24, una Comisión Parlamentaria Conjunta. Mediante el Protocolo de Brasilia de 17 de diciembre de 1991 se instituyó un Tribunal Arbitral *ad hoc* (capítulo IV).

⁶ Pescatore considera que la supranacionalidad presenta tres características esenciales: el reconocimiento de un conjunto de valores comunes por parte de un grupo de Estados, la existencia de un poder efectivo colocado al servicio de esos intereses y la autonomía de ese poder. Son accesorios a la supranacionalidad: la institucionalización, la inmediatez y la coerción. Pescatore Pierre. "Derecho de la Integración: Nuevo fenómeno en las relaciones internacionales", Buenos Aires, BID - INTAL, 1973, 105 ps.

⁷ Ver en este sentido Olivar Jimenez Martha L., "Integración en el Cono Sur, realidad y perspectivas". Cultura Vozes, São Paulo, No. 6, v. 89, pp. 62-68, nov./dic. 1992.

⁸ "...Es en este sentido, limitado y preciso, que puede decirse que el Tratado de Asunción es un tratado provisorio o preliminar..." Gross Espiell Hector. "El Tratado de Asunción: Una aproximación a su problemática jurídica", Revista de la Facultad de derecho, Montevideo, No. 1, pp. 13-37, julio/dic. 1991. Igualmente ver el excelente trabajo de Estrella Faria José Ângelo, "O MERCOSUL: Princípios, Finalidade e Alcance do Tratado de Assunção", Brasília, Subsecretaria-Geral de Assuntos de Integração, Econômicos e de Comércio Exterior, Núcleo de Assessoramento Técnico, 1993, 193p.

⁹ En América Latina tal objetivo es esencial a los procesos de integración. El artículo 1º del Acuerdo de Cartagena, para citar sólo un ejemplo, establece: "El presente acuerdo tiene por objetivos promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros, acelerar su crecimiento mediante integración económica, facilitar su participación en el proceso de integración previsto en el Tratado de Montevideo y establecer condiciones favorables para la conversión de la ALADI en un mercado común, todo ello con la finalidad de procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la subregión."

¹⁰ Segundo considerando del preámbulo. Se mencionan igualmente: "...el mejoramiento de las interconexiones físicas, la coordinación de las políticas macroeconómicas y la complementación de los diferentes sectores de la economía..."

¹¹ Como lo señala Gross Espiell - al referirse a los principios de reciprocidad, gradualidad, flexibilidad y equilibrio - el objetivo y el fin del tratado se hayan

plasmados en el preámbulo, él "...contiene y precisa elementos conceptuales que dan al tratado su verdadero contenido y sentido...". Gross Espiell Hector. *op. cit.* p. 21. Al estudiar este asunto, Faria afirma que el valor jurídico del preámbulo es relativo y en caso de conflicto los principios establecidos en él no prevalecerían sobre las otras disposiciones del tratado o de actos derivados de él. Estrella Faria, José Angelo, *op. cit.*, p. 4 La C.I.J. considera que el preámbulo forma parte del contexto del tratado y es, por consiguiente, esencial a la correcta interpretación de sus disposiciones convencionales. C.I.J., *Caso de los nacionales americanos en Marruecos*, Rec. 1952, ps. 183-184, 197-198.

12 Mayda Jaro, Prólogo de la obra de Guillermo J. Cano "Derecho, Política y Administración Ambientales", Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 7.

13 Así, en el último párrafo de Principio 4 se establece: "...En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y la fauna silvestres." En el Principio 13: "A fin de lograr una más racional ordenación de los recursos y mejorar así las condiciones ambientales, los Estados deberían adoptar un enfoque integrado y coordinado de la planificación de su desarrollo, de modo que quede asegurada la compatibilidad del desarrollo con la necesidad de proteger y mejorar el medio ambiente humano en beneficio de su población". (nosotros subrayamos).

14 Principio 3 "O direito ao desenvolvimento deve ser exercido, de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de gerações presentes e futuras"; Principio 4 "Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental deve constituir parte integrante do processo de desenvolvimento, e não pode ser considerada isoladamente deste."; Principio 8 "Para atingir o desenvolvimento sustentável e mais alta qualidade de vida para todos, os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo e promover políticas demográficas adequadas".

15 Según informes de la Comisión, la importancia del Acto Único radica en el hecho que por la primera vez se reconoció la necesidad de conjugar los objetivos del libre comercio con un elevado nivel de protección al medio ambiente, fijándose, de otra parte, objetivos de naturaleza ambiental como un fin legítimo en sí. Ver "A Política de Ambiente na Comunidade Europeia", Luxemburgo, Servicio de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 1990, p. 20.

16 Ripa di Meana Carlo, conferencia presentada en Sofía el 16 de octubre de 1989, in "A Política de Ambiente na Comunidade Europeia", p.6.

17 Comisión de las Comunidades Europeas, "La Comunidad Europea y la protección del medio ambiente", Documentos Europeos, 4/90, Luxemburgo, Servicio de publicaciones oficiales de las Comunidades Europeas, 1990, p.3.

18 Los datos técnicos sobre Candiota utilizados en la elaboración de este estudio fueron tomados principalmente de: "Lluvia ácida - Candiota. Análisis global y

acciones políticas", Tor Dámaso y Colaboradores, Montevideo, Ed. Ideas, 1992, 123 ps.

19 En la estimativa realizada por Estela Tor, miembro del Grupo de Estudios Ambientales AMBIO, son liberadas anualmente 14.000 toneladas de ceniza, 28.000 toneladas de óxidos de nitrógeno y 36.000 toneladas de óxidos de azufre. Según estudios realizados en Brasil, a los cuales la autora hace referencia, 54.000 toneladas de cenizas serán producidas anualmente en Candiota, provenientes de la quema de 20 millones de toneladas de carbón. Estela Tor, "Procesos de generación y depuración de lluvia ácida en centrales termoeléctricas", in "Lluvia ácida - Candiota. Análisis global y acciones políticas", Tor Dámaso y Colaboradores, Montevideo, Ed. Ideas, 1992, ps. 19-32.

20 Lewgoy Flavio, citado por Estela Tor, *op. cit.* p. 20.

21 Un análisis bastante conciso sobre este aspecto fué realizado por Mario Bidegain Dorelo, "Aspectos atmosféricos para el estudio del sistema ambiental de la cuenca de la laguna Merin", in "Lluvia ácida - Candiota. Análisis global y acciones políticas", Tor Dámaso y Colaboradores, Montevideo, Ed. Ideas, 1992, ps. 33-43.

22 Tor Dámaso y Colaboradores, "Lluvia ácida - Candiota. Análisis global y acciones políticas." Montevideo, Ed. Ideas, 1992, p. 118.

23 Proposición presentada sobre la base del artículo 99, publicada en el Diario Oficial C 216/4 1992.

24 El Tratado de Montevideo de 12 de agosto de 1980 constitutivo de la ALADI fué firmado entre Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

25 El Acuerdo de Cartagena, constitutivo del Grupo Subregional Andino (Pacto Andino), fué firmado en Bogotá el 26 de mayo de 1969 entre los gobiernos de Colombia, Bolivia, Chile, Ecuador y Perú, entró en vigor el 16 de octubre de mismo año. Venezuela se incorporó al proceso de integración subregional en febrero de 1973. Chile denunció el Tratado, siendo liberado de sus derechos y obligaciones en octubre de 1976. Entre los mecanismos previstos para la realización de los objetivos establecidos en el artículo 1º del Acuerdo se encontraba un programa de liberación comercial, reglamentado por el Capítulo V del Tratado. El Protocolo modificadorio del Acuerdo de Cartagena, "Protocolo de Quito", fué firmado el 12 de mayo de 1987 entre los gobiernos de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, entrando en vigor en 1988.

26 Art. 50. "Ninguna disposición del presente Tratado será interpretada como impedimento para la adopción y para el cumplimiento de medidas destinadas a la:

- a) Protección de la moral pública;
- b) Aplicación de leyes y reglamentos de seguridad;
- c) Reglamentación de las importaciones o las exportaciones de armas, municiones y otros materiales de guerra y, en circunstancias excepcionales, de todos los demás artículos militares;
- d) Protección de la vida y salud de las personas, de los

animales y de los vegetales;

e) Importación y exportación de oro y plata metálicos;

f) Protección del patrimonio nacional de valor artístico, histórico o arqueológico; y

g) Exportación, utilización y consumo de materiales nucleares, productos radioactivos o cualquier otro material utilizado en el desarrollo o aprovechamiento de la energía nuclear."

27 En esto seguimos lo expuesto por José Angelo Estrella Faria, *op. cit.*, ps. 101 a 109.

28 El propio artículo XX del GATT establece expresamente: "Exceptions générales. Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifié entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international..."

29 Estrella Faria, José Angelo, *op. cit.* p. 104. El autor cita como ejemplo de un instrumento que consagra restricciones válidas, puesto que cumplirían con los requisitos de isonomía y proporcionalidad, la ley brasileña No. 7.365 de 13 de septiembre de 1985, que prohíbe la importación de detergentes no biodegradables, estableciendo la obligación para las empresas del sector de producir únicamente detergentes biodegradables. Tales disposiciones se aplican tanto a la producción nacional como a las mercancías extranjeras descartando toda discriminación.

30 Sobre éste último punto vale la pena destacar los artículos de Beier Friedrich-Karl: "Propiedad industrial y libre circulación de mercancías en el mercado interior y en el comercio con terceros Estados", separata publicada en la Revista General de Derecho, No. 549, Valencia, junio, 1990, pp. 4507-4536, "Futur problems of patent law", in International Review of Industrial Property and Copyright law, vol. 3, No. 4/1972, pp. 423-450. Demaret Paul, "Industrial property rights, compulsory licences and the free movement of goods under Community Law", in IIC, vol. 18, No. 2/1987, ps. 161-191. Battoli Emilio L., "Agotamiento de derechos de propiedad industrial e importaciones paralelas", in Revista del Derecho Industrial, No. 39, sept/dic. 1991, Buenos Aires, Depalma, ps. 539-565.

31 En el famoso caso "Cassis de Dijon" - caso 120/78 *Revue Zentral* - al ocuparse del artículo 30 CEE la Corte consideró las excepciones al principio consagrado por la norma en lugar de invocar directamente el artículo 36 y sometió las medidas basadas en tales excepciones al principio de la proporcionalidad. Los criterios señalados por la disposición constituyen una expresión de tal principio. Ver sobre este punto Mattera, Alfonso, "L'arrêt 'Cassis de Dijon': une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur", in Revue du Marché Commun, 1980, ps. 505-514. Igualmente Boulouis J. y Chevalier R-M, "Grand arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes", 3ª Ed., Tomo 2, Paris, Dalloz, 1991, ps. 12-26. Como lo señala Krämer, muchas cuestiones relativas al principio de proporcionalidad continúan siendo discutidas, en particular cuando están relacionadas a problemas ambien-

tales. Gran parte de la doctrina considera que la protección al medio ambiente debe ser aceptada como una razón legítima para limitar la libre circulación de bienes. La ausencia de un pronunciamiento definitivo ha contribuido a mantener una situación de inseguridad. Krämer Ludwig, *op. cit.*, pp. 120-121.

32 Medidas como tasas de protección al medio ambiente, etiquetamiento, prevención de desechos, medidas destinadas a medir el impacto ambiental y medidas relativas a la responsabilidad por daños al medio ambiente. Krämer Ludwig, "Environmental protection and article 30 EEC Treaty", in Common Market Law Review, No. 30, 1993, ps. 111-143.

33 Krämer trae un ejemplo: la prohibición de comercializar pendientes hechos en níquel (que está siendo estudiada para su implantación en Dinamarca) dirigida a prevenir alergias, sería una medida cubierta por el artículo 36, mientras que la restricción en el uso de productos que contengan CFC estaría dirigida a proteger la camada de ozono. Aun cuando el daño en esta última pueda aumentar la incidencia de enfermedades en los humanos, tal riesgo es indirecto y la medida quedaría limitada a la protección del medio ambiente, en consecuencia no sería cobijada por el art. 36. Krämer Ludwig, *op. cit.*, p. 118.

34 CJCE, caso 302/86. Comisión v. Dinamarca, sentencia de 20.09.1988, Rec. 1988.4607.

35 Krämer hace referencia a los comentarios sobre el art. 30 hechos por Müller - Graf en Van der Groeben, Thiering, Ehlermann "Kommentar Zum EWG - Yer-Trag", Baden - Baden, 1991.

36 Así por ejemplo en el caso 227/82, Van Bennekam, la Corte establece: "...in so far as uncertainties persist in the present state of scientific research it is for the Member States, in the absence of harmonization, to decide what degree of protection of health and life of humans the intend to ensure having regard however to the requirements of the free movement of goods within the Community. It is for the national authorities to demonstrate in each case that their rules are necessary to give effective protection to the interests referred to in article 36 of the Treaty and, in particular, to show that the marketing of the product in question creates a serious risk to the public health" (subrayamos nosotros). CJCE, Rec. 1983.3883. Ver Krämer, *op. cit.*, p. 125.

37 Art. 100 A (4): "Lorsque, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Conseil, statuant à la majorité qualifiée, un Etat membre estime nécessaire d'appliquer des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36 ou relatives à la protection du milieu de travail ou de l'environnement, il les notifie à la Commission." (Nosotros subrayamos).

Art. 130 T: "Les mesures de protection arrêtées en commun en vertu de l'articles 130 S ne font pas obstacle au maintien et à l'établissement, par chaque Etat membre, de mesures de protection renforcées compatibles avec le présent traité" (Nosotros subrayamos)

38 Ver Krämer, *op. cit.* pp. 123-125.

³⁹ Sobre este caso nos basamos básicamente en el estudio realizado por Thieffry Patrick, "Les nouveaux instruments juridiques de la politique communautaire de l'environnement, le Traité de l'Union Européenne e le cinquième programme communautaire d'action pour l'environnement", en Revue Trimestrielle de Droit Européen, Vol. 28 (4), octubre/diciembre, 1992.

⁴⁰ Thieffry Patrick, *op. cit.* nota 31.

⁴¹ Comisión de las Comunidades Europeas, "XXII Relatorio sobre a Política de Concorrência 1992", Bruselas, Servicio de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1993, ps. 106-108.

⁴² Comisión de las Comunidades Europeas, "La Comunidad Europea y la protección del medio ambiente", cit. p. 4.

⁴³ Título II, artículo G, parte D, 38.

⁴⁴ Comisión de las Comunidades Europeas, "La contaminación no conoce fronteras", Bruselas, Servicio de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1991, p. 6. Igualmente en "A política de ambiente na Comunidade Européia", *op. cit.*, ps. 8 e 9.

⁴⁵ Como ya lo señaláramos, las disposiciones en el preámbulo del Tratado denotan la preocupación por parte de los gobiernos de los Estados-miembros así como su conformidad a los principios consagrados en la Declaración de Río de Janeiro sobre medio ambiente y desarrollo.

⁴⁶ Así lo señalan Smith Jr. y Hunter: "... it can doubted whether these principles will have anything more than political significance. Even in that domain, they have become more shibboleths than policies for action, since they are at best vague generalizations, and are not well suited to strict legal application. For example, with respect to the 'polluter pays' principle, determining who exactly is the polluter may be difficult. Is it the person who creates a product, the production of which results in pollution? Is it the person who uses the product, incidentally causing some environmental harm? Or is it the person who disposes of the waste and releases that waste into the environment? Even if the polluter can be determined, creating a legal regime to ensure that the polluter 'pays may be no easy task'. Smith Jr. Turner y Hunter Roszell D., "The European Community Environmental Legal System" in European Community Deskbook, Washington D.C.: Environmental Law Institute, 1992, ps. 13 y 14.

⁴⁷ Comisión de las Comunidades Europeas, "La contaminación no conoce fronteras", *op. cit.*, p. 5.

⁴⁸ Así lo pone de presente la Resolución nº 22/92 del Grupo Mercado Común.

⁴⁹ Comisión de las Comunidades Europeas, "A política de ambiente na Comunidade Européia", *op. cit.*, p. 8.

⁵⁰ En materia de información al público vale la pena destacar la adopción, en junio de 1990, de una directiva relativa a la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades nº L 158/56, de 23 de junio de 1990. El objetivo de este instrumento comunitario

es el de permitir a los particulares la obtención, ante las autoridades nacionales, de informaciones relacionadas con el estado del medio ambiente. Los Estados-miembros tienen la obligación de publicar regularmente relatorios en esta materia. El rechazo en proporcionar tales informaciones debe ser justificado debidamente.

⁵¹ En su artículo 10 se establece: "A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento por órgão estadual competente, integrante do SISNAMA, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.

§ 1º Os pedidos de licenciamento, sua renovação e a respectiva concessão serão publicados no jornal oficial do Estado, bem como em um periódico regional ou local de grande circulação.

§ 2º Nos casos e prazos previstos em resolução do CONAMA, o licenciamento de que trata este artigo dependerá de homologação na SEMA.

§ 3º O órgão estadual do meio ambiente e a SEMA, esta em caráter supletivo, poderão, se necessário e sem prejuízo das penalidades pecuniárias cabíveis, determinar a redução das atividades geradoras de poluição, para manter as emissões gasosas, os efluentes líquidos e os resíduos sólidos dentro das condições e limites estipulados no licenciamento concedido.

§ 4º Caberá exclusivamente ao Poder Executivo Federal, ouvidos os Governos Estadual e Municipal interessados, o licenciamento previsto no *caput* deste artigo quando relativo a pólos petroquímicos e cloroquímicos, bem como a instalações nucleares e outras definidas em lei".

⁵² Esta fué la opinión de algunos de los participantes del Seminario Latinoamericano y del Caribe sobre evaluación comparada de impactos ambientales realizado en Curitiba en octubre de 1993. Información publicada en Gazeta Mercantil de 6 de octubre de 1993, p. 13.

⁵³ En esto seguimos básicamente lo expuesto por Héctor Hernán Osorio, Consultor en desarrollo urbano, durante el seminario anteriormente citado.

⁵⁴ La Eco-etiqueta está regulada por El Reglamento del Consejo nº 880/92, de 23 de marzo de 1992, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades nº L 99/1, de 11 de abril del mismo año. El Eco-audit está aún en proceso de discusión, consta en la Proposición de reglamento del Consejo publicada en el Diario Oficial nº C 76/02, de 27 de marzo de 1992. Sobre estos sistemas de "recompensa" destinados a los productores que se sometan a condiciones comunitarias que no son obligatorias ver Thieffry Patrick, *op. cit.*

⁵⁵ Decisión de 3 de diciembre de 1981 publicada en el Diario Oficial de las Comunidades nº L 355, de 10 de diciembre, sistema que posteriormente sería extendido a las sustancias peligrosas en 1986.

⁵⁶ Directiva de 19 de marzo de 1987, publicada en el Diario Oficial de las Comunidades nº L 85, de 28 de marzo de ese año.

⁵⁷ Moussis Nicolas, "As Políticas da Comunidade Económica Européia", Coimbra: Almedina, 1985, p. 296.

⁵⁸ El artículo G del Título II del nuevo Tratado establece (traducción del portugués hecha por el autor de este trabajo): 5) Es editado el siguiente artículo: artículo 3º B.

La Comunidad actuará en los límites de las atribuciones que le son conferidas y de los objetivos que le son señalados por el presente Tratado.

En los dominios que no sean de sus atribuciones exclusivas, la Comunidad interviene apenas, de acuerdo con el principio de la subsidiariedad, cuando y en la medida en que los objetivos de la acción encarada no puedan ser realizados suficientemente por los Estados-miembros, y puedan, debido a la dimensión o a los efectos de la acción prevista, ser alcanzados más satisfactoriamente a nivel comunitario.

La acción de la Comunidad no debe exceder lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado.

⁵⁹ En ese sentido Patrick Thieffry, *op. cit.*, quien destaca a su vez el trabajo de C. London, "Maastricht et l'environnement", en Petites Affiches, 23 de marzo 1992, no. 36, pp. 14 y ss.

⁶⁰ Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad, junio de 1990, reproducida parcialmente por la Comisión de Comunidades Europeas en "La protección del medio ambiente", Bruselas: Dirección General del Sector Audiovisual, Información, Comunicación y Cultura, 1992, p. 3.

⁶¹ Artículo 5 de la Ley nº 6938 de 31.08.1981.

⁶² Como lo dejaron de presente Smith Jr. Turner y Hunter Roszell D., *op. cit.*, ps. 13 y 14.

⁶³ Ver sobre este particular el trabajo de Patrick Thieffry, sobre el cual nos hemos fundamentado en esta parte, *op. cit.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ *Ibid.*: un estudio detallado de estos nuevos instrumentos se encuentra precisamente en ese trabajo. Ver igualmente las publicaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas citadas a lo largo de nuestro estudio.

⁶⁶ Párrafo segundo del artículo A del Título I "Disposiciones Comunes".

⁶⁷ Los dominios en que el Parlamento ejerce los poderes de codecisión son: realización del mercado interno, libre circulación de trabajadores, derecho de establecimiento (parcialmente), programas-marco plurianuales en el área de la investigación, creación de las redes transeuropeas, adopción de medidas de defensa de los consumidores y promoción de los sistemas de salud y de cultura. Comisión de Comunidades Europeas. "A União Européia", Luxemburgo: Servicio de las Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1992, p. 26.

⁶⁸ Basta citar como ejemplo la decisión de la Comisión de procesar ante la Corte al Reino Unido, debido al hecho de que el gobierno inglés pretendía privatizar la industria de aguas y que no se conformaba a las disposiciones de la Directiva comunitaria sobre el agua potable.

⁶⁹ El artículo 189 CEE define los instrumentos jurídicos empleados por las autoridades comunitarias en su actuación a nivel supranacional. La directiva vincula al Estado-Miembro destinatario en cuanto al resultado a alcanzar, dejando en manos de las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y los medios de alcanzar tales objetivos. El reglamento es el instrumento de unificación de la legislación europea.

⁷⁰ Sobre el efecto directo de las directivas ver el excelente trabajo de Manuel Lezertua Rodríguez, "La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias", presentado en el King's College con motivo de la realización de un Master en Derecho. Igualmente consultar Smith Jr. Turner y Hunter Roszell D., *op. cit.*, ps. 7 a 9.

⁷¹ Macrory Richard, "The enforcement of community environmental laws: some critical issues", en Common Market Law Review, 29, 1992, p. 352.

⁷² Comisión de las Comunidades Europeas, "A política de ambiente na Comunidade Européia", *op. cit.*, pp. 31-32.

Os limites da integração no Direito Tributário

Norma Barcellos Pinheiro Machado
Advogada

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. Interpretação; 3. Interpretação e Integração; 4. As lacunas; 5. O preenchimento das lacunas; 6. Os meios de Integração; 6.1. Analogia; 6.2. Princípios gerais de Direito; 6.3. A equidade; 6.4. Antinomias; 6.5. O preenchimento de lacunas através do critério econômico; 7. Os limites; 8. Um exemplo de integração extra-limite.

1. Introdução

Para que o direito possa ser aplicado, devem suas normas ser interpretadas. Toda a aplicação de uma norma jurídica envolve um processo de análise, um processo mental, na captação pela norma de um fato ocorrido. Assim, a interpretação integra a aplicação da norma jurídica.

A aplicação do direito, entretanto, não se limita à aplicação das normas postas mas, quando o ordenamento jurídico não prevê ou prevê de modo insatisfatório hipóteses cujas decidibilidades são necessárias, a interpretação ultrapassa a *ratio legis* e encontramos frente ao que se denomina integração.

Admitida essa incompletude do ordenamento jurídico, o problema que se apresenta é quanto aos modos de integração e os limites que se impõem ao intérprete. No que respeita ao Direito Tributário, o problema dos limites à integração é ainda mais relevante, face, especialmente, ao princípio da legalidade em que o mesmo se assenta.

Nosso trabalho partirá de breve abordagem a conceitos sobre interpretação para chegar-se à integração e seus limites.

2. Interpretação

Modernamente, tem-se como assente na maioria do entendimento doutrinário que o Direito Tributário admite para interpretação de suas normas todos os métodos e

elementos interpretativos consentidos pelos demais ramos de direito.

Esse entendimento não foi, entretanto, sempre dominante. Muito se discutiu sobre a autonomia do direito tributário. Da negação e da afirmação dessa autonomia, estabeleceu-se a dissensão sobre os métodos e meios de interpretação das normas tributárias.

A idéia de ser o direito tributário um direito excepcional ou especial com o entendimento segundo o qual a norma tributária somente comporta interpretação estrita ou restritiva, cedeu lugar à corrente dominante que propugna ser o direito tributário direito comum, cujas normas podem e devem ser interpretadas mediante a utilização de todos os métodos interpretativos.

Segundo Amílcar de Araújo Falcão, a interpretação é a atividade lógica, pela qual se declara o que está determinado na lei. O intérprete não inova, não cria, mas limita-se a declarar o significado, o alcance e a aceitação da lei¹.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. entende que os métodos de interpretação, em especial, o axiológico e o teleológico revelam "um esforço de integração de uma multiplicidade de valores. O telos, que designa os propósitos da lei e da norma em geral, refere-se, em última análise, *pars pro toto* a todas as considerações em tese admissíveis que ficam, assim, controladas"².

Desse modo, sustenta Tércio Sampaio Ferraz Jr. existirem três tipos de interpretação: a especificadora, a restritiva e a extensiva.

A especificadora, na qual o sentido da norma cabe na letra da lei, o espírito da lei ou a *mens legis* estaria em harmonia com a letra da lei, restando ao intérprete apenas essa constatação³.

A interpretação restritiva ocorre sempre que se limita o sentido da norma. Essa restrição da amplitude da norma tem como base, para o raciocínio do intérprete, considerações teleológicas e axiológicas. A simples interpretação especificadora confere uma amplitude em desacordo com os objetivos da norma, com a *ratio legis*. Desse modo, as exceções, as normas excepcionais devem ser interpretadas restritivamente. Do mesmo modo, as normas que restrinjam os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição.

A interpretação extensiva, ao contrário, amplia o sentido da norma, estende a compreensão do texto até o limite máximo de sua possibilidade expressiva, pois nesse caso, entende-se que a lei disse menos do que queria⁴.

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr., na interpretação extensiva há uma valoração das situações pelo intérprete mais radical do que na interpretação restritiva, percebendo a doutrina que, de certo modo, altera-se a norma, o que leva à imposição de limites ao uso da interpretação extensiva, mormente no caso de *facti species* de tipos cerrados deve o intérprete evitar seu uso, exigindo-se a demonstração de que a extensão do sentido está contido no espírito da lei⁵.

Distinguem os autores, a interpretação extensiva da analogia, entendendo que na interpretação extensiva, inclui-se na norma "um sentido que já estava lá, apenas não havia sido explicitado pelo legislador" enquanto, na analogia, o intérprete aplica uma norma a um caso para o qual não havia preceito algum, face ao pressuposto da existência de semelhança entre os casos.

Para Ruy Barbosa Nogueira, a distinção entre interpretação extensiva e aplicação analógica está em que na primeira o intérprete faz o texto alcançar a situação de fato. Embora o texto não pareça abrangê-lo com precisão, o caso está compreendido na nor-

ma. Na aplicação analógica, o caso não está compreendido no quadro da lei, mas deve ser tratado como se estivesse, por ser concretamente análogo⁶.

Inexiste, entretanto, uma distinção rigorosa entre a interpretação extensiva e a analogia, eis que é imprecisa a fronteira entre a extensão do limite do sentido possível da letra da lei e a complementação além daquele sentido⁷.

A discussão quanto à diferença entre interpretação extensiva e analogia e seus limites traz o problema da possibilidade de suprir-se lacunas do ordenamento jurídico por meio do intérprete, sem o concurso do legislador.

3. Interpretação e integração

Segundo a formulação de Larenz, a interpretação tem como fronteira, como limite de seu âmbito o possível sentido da palavra da lei, isto é, a capacidade expressiva da linguagem.

A integração é o preenchimento das lacunas da lei, iniciando-se onde já não há palavra a ser interpretada, vai além do sentido possível da letra da lei. Objetiva a integração alcançar a plenitude do ordenamento jurídico para que seja aplicado sem vazios.

Na interpretação, para aplicação da norma, o intérprete se vale de dados históricos, de valorações éticas e políticas, da argumentação retórica, sempre dentro do limite do âmbito no sentido possível do texto. A integração opera-se além desse âmbito através de argumentos lógicos, ou quase lógicos, como a analogia e argumentos institucionais como os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade. Na integração, o aplicador opera fora da possibilidade expressiva do texto da norma⁸.

Assim, o processo de integração começa depois da interpretação, além do entendimento das palavras que compõem o texto normativo. Corresponde a uma verdadeira criação de direito, iniciando-se, como diz

Tipke, "lá-onde se esgotou o entendimento das palavras".⁹

Entende Sacha Calmon Navarro Coêlho, citando Oswaldo de Moraes, que a interpretação das normas faz-se em três estágios, quais sejam: o declarativo, no qual o intérprete busca o sentido do texto através dos métodos históricos, lógicos e teleológicos; o corretivo, quando se apuram diversidades entre as normas; e finalmente, se não satisfatórios esses meios, estar-se-á frente a uma lacuna, cabendo preenchê-la através da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de Direito. Diz o autor: "a integração da norma é o produto último do labor interpretativo, seu ponto mais extremo, pois o intérprete aplicador, em casos que tais, não inventa norma nova senão que deduz, às luzes do *ordo juris* um específico comando inexistente legislativamente para reger a espécie-em-lacuna".¹⁰

Sustenta Ruy Barbosa Nogueira que: "O sentido jurídico lingüístico de integrar é de completar o todo, de incorporar apenas o complemento que a tentativa de demonstração do todo revela estar faltando e que a 'tensão' de todos os elementos gerais e especiais, lógica, teleológica, e sistematicamente reunidos, exige a 'construção' daquele complemento e o integra para completar a configuração."¹¹

4. As lacunas

A questão da integração está vinculada às lacunas existentes no ordenamento jurídico, à incompletude do sistema.

Muito se discutiu sobre o problema de ter o ordenamento como sistema dinâmico, possibilidade de enquadrar todos os comportamentos sociais possíveis ou se ocorrem fatos e condutas não previstas normativamente pelo ordenamento.

No século passado, defendia-se a plenitude da norma jurídica entendendo-se que os fatos não regulados por ela estariam no "espaço ajurídico".

Partindo do fechamento da normatividade do pandetismo, da jurisprudência dos

conceitos, para a jurisprudência dos interesses, chegou-se ao entendimento de que o ordenamento jurídico pode ter lacunas suscetíveis de preenchimento pelo intérprete.

Apresenta, portanto, a lacuna, dois aspectos objeto de discussão na doutrina jurídica. O primeiro é o problema da completude do sistema, da possibilidade de aceitar-se a existência de lacunas. Se aceita essa possibilidade, surge o problema de como devem as lacunas ser preenchidas pelo intérprete, dos meios e métodos a serem utilizados e de seus limites.

A lacuna é ausência de normatividade, mas, qualquer falta de normatividade não é necessariamente uma lacuna.

Diz Engisch que a lacuna é uma incompletude da norma jurídica. Incompletude essa que deve ser insatisfatória, isto é, é necessário que a falta seja sentida frente aos valores e princípios jurídicos.

É uma incompletude contrária ao plano da lei. Há lacuna quando considerada a incompletude frente à ordem jurídica como um todo. Trata-se de uma falta que não devia ocorrer e dentro de um limite que é o sistema jurídico.¹²

Desse modo, a incompletude suscetível de preenchimento é quando existe insatisfação perante os valores e princípios gerais da ordem jurídica.¹³

Para que se constate uma lacuna no sistema jurídico, portanto, não é suficiente que tenha sido deixada uma questão em aberto pelo legislador, mas é necessário que a regra faltante seja exigida pela ordem jurídica.

A classificação das lacunas em diferentes espécies demonstra que elas estão ligadas à intersecção dos sistemas.

Classificam-se as lacunas em autênticas e não-autênticas. No caso das lacunas autênticas, a lei não permite resposta. Já, nas não-autênticas, o fato-tipo é previsto na lei, mas a solução é indesejável. As lacunas não-autênticas, de *lege ferenda*, de política jurídica, consideram-se incolmatáveis.

Distingue a doutrina entre as lacunas *intra legem* e *praeter legem*. Nas primeiras, o legislador não define integralmente sua

intenção, utilizando-se de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei, enquanto que as lacunas *praeter legem* devem ser preenchidas de acordo com o sentido da lei e a vontade presumida do legislador.

5. O preenchimento das lacunas

Admitido que o ordenamento jurídico não prevê ou prevê de modo insatisfatório todas as hipóteses relevantes para o direito, a questão que se apresenta é como devem ser preenchidas as lacunas, surgindo o problema quanto aos modos de integração e seus limites.

A integração constitui-se em instrumentos técnicos para efetuar a colmatação das lacunas.

Para que a lacuna seja preenchida, é necessário sua constatação prévia. Embora constatada, não é sempre que a mesma pode ser preenchida. Se o preenchimento ultrapassa os limites permitidos pela integração, é vedada a colmatação pelo aplicador da lei, cabendo somente ao legislador preencher a falta com a edição de nova lei. É o caso, por exemplo, das normas de tipificação cerada que encontramos no direito penal e no direito tributário.

Ademais, o preenchimento da lacuna pelo aplicador da lei não impede que a mesma seja constatada em novos casos e, conseqüentemente, não acarreta seu desaparecimento do sistema legal, o que só ocorre quando o legislador elimina a lacuna. A sentença judicial somente preenche a lacuna para aquele caso concreto, a qual continuará a existir no sistema.

6. Os meios de integração

Objetivando o preenchimento ou colmatação das lacunas do sistema jurídico, a Ciência do Direito criou procedimentos denominados de integração.

Os meios de integração da ordem jurídica conhecidos pela doutrina são a analogia,

os costumes, a equidade, os princípios gerais de direito, a correção e, para alguns, a interpretação extensiva.

Tércio Sampaio Ferraz divide esse meios, para fins didáticos, em: a) instrumentos quase-lógicos, compreendendo a analogia, indução amplificadora e interpretação extensiva; b) instrumentos institucionais, que seriam os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade.¹⁴

Os meios quase lógicos, isto é, a analogia, exigem procedimento analítico. Já os meios institucionais apóiam-se na concepção de instituições.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, os instrumentos, os meios da integração são previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, atendendo ao princípio de que o juiz não se exime de aplicar o direito invocando lacuna ou obscuridade, nestes termos:

"Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito."

O processo de integração no direito tributário brasileiro é previsto expressamente no artigo 108 do CTN, nestes termos:

"Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;

II - os princípios gerais de direito tributário;

III - os princípios gerais de direito público;

IV - a equidade.

§ 1º - O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei.

§ 2º - O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido."

O artigo autoriza a integração "na ausência de disposição expressa". Ocorre que, como já exposto, nem toda ausência de disposição expressa, isto é, nem todo o vazio, nem toda a lacuna autorizam a integração. Há de ser uma incompletude insatisfatória frente à totalidade jurídica, aos valores e princípios gerais da ordem jurídica.

6.1. Analogia

Cita o artigo 108 do C.T.N., em primeiro lugar, a analogia.

Não tem ela, entretanto, grande aplicação no campo tributário, eis que o próprio código limita seu emprego. É expresso que o tributo só pode ser criado por lei, e somente a lei pode estabelecer os elementos que constituem a obrigação tributária (art. 97, I a VI e § 1º).

Adverte Ruy Barbosa Nogueira, não somente no que se refere à analogia, mas à própria integração; ser ela rara no direito tributário porque o mesmo "vive do *dictum* do legislador". É adotada pelo próprio sistema a tipicidade fechada do fato gerador que não pode ser ampliado pela analogia¹⁵.

Segundo Maria Helena Diniz, a analogia é um procedimento que "consiste em aplicar a um caso não-regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa prevista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não-contemplado, fundando-se na identidade do motivo da norma, e não na identidade do fato"¹⁶.

Tércio Sampaio Ferraz Jr. diz que a analogia exige procedimento analítico, sustentando tratar-se de procedimento "quase-lógico" por não obedecer estritamente ao rigor da lógica formal.

E, entende que não há uma definição uniforme de analogia entre os juristas, mas "via de regra, fala-se em analogia quando uma norma estabelecida com e para uma determinada *facti species*, é aplicável a uma conduta para a qual não há norma, havendo entre ambos os supostos fáticos uma semelhança"¹⁷.

Bobbio adverte que o procedimento analógico exige que a semelhança entre os dois casos (o regulado e o não-regulado) não seja uma semelhança qualquer, mas uma semelhança relevante perante a *ratio legis*.

E concluiu: "Allora diremo che, affinché il ragionamento per analogia sia lecito nel diritto, è necessario che i due casi, quello regolato e quello non regolato, abbiano in comune la *ratio legis*".¹⁸

O fundamento do uso da analogia no direito é o princípio geral de que a casos semelhantes deve ser dado tratamento igual. Em consequência, a semelhança deve ser demonstrada quanto aos efeitos jurídicos, exigindo-se que as semelhanças devam ser maiores e juridicamente mais relevantes que as diferenças¹⁹.

Distingue a doutrina a *analogia legis* e a *analogia juris*. A primeira parte de um único preceito legal que é aplicado a casos semelhantes. A *analogia juris*, partindo de vários preceitos, por indução, alcançam-se princípios a eles comuns, os quais são aplicados aos casos que não se encontram diretamente previstos.

Como se verifica, pode a analogia ser empregada no Direito Tributário, pois o próprio Código determina a sua aplicação. Tem ela, entretanto, limites impostos pelo império do princípio da legalidade, eis que proibido o emprego da analogia quando dela resulta exigência de tributo.

O artigo 108 em seu parágrafo 1º limita, expressamente, a aplicação da analogia a qual "não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei".

A proibição da aplicação analógica para criação de tributos baseia-se no princípio constitucional da legalidade.

Os positivistas defendiam a tese da proibição absoluta da analogia em direito tributário mesmo nos casos em que não se criassem débitos tributários. Outros apenas recusavam a aplicação da analogia gravosa.

Alfredo Augusto Becker entende que a "analogia por extensão" é criação de nova regra jurídica, não sendo permitida sua aplicação. Ao analisar o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil e sua aplicação ao direito tributário, conclui, entretanto, que essa regra é ineficaz exclusivamente no tocante às regras tributárias criadoras de tributo²⁰.

Sendo, portanto, a criação de tributo limite legal e constitucional à aplicação da analogia, pergunta-se se as penalidades poderiam ser impostas em decorrência dessa aplicação. Hugo de Brito Machado entende que não, sustentando que a aplicação ana-

lógica no Direito Tributário "encontra-se no âmbito do denominado Direito formal ou procedimental"²¹.

Após o início da década de 80, na Alemanha, surgiram opiniões, especialmente, Tipke, Rainer Walz, admitindo a analogia na criação do crédito tributário. Nesses casos, "a lacuna da lei e o princípio suscetíveis de aplicação analógica devem ser reconhecíveis com segurança", afirma Tipke, segundo citação de Ricardo Lobo Torres²².

6.2. Princípios gerais de direito

Dispõe, ainda, o artigo 108, aplicação, no caso de ausência de disposição expressa, do uso dos princípios gerais de direito tributário e de direito público.

Os princípios gerais de direito, no sentido a que se refere a lei, são os que resultam de todo o sistema tributário, assim como de todo o sistema de direito público.

Estabeleceu a mais autorizada doutrina que os princípios gerais de direito constituem uma reminiscência do direito natural, sendo, conseqüentemente, indefinida sua formulação, e que não são elementos do repertório do sistema, mas fazem parte de suas regras estruturais.

Chama Ferraz Jr. atenção que a expressão "princípios gerais" é tomada como premissa maior sem especificação e que a especificação ocorre na premissa menor, que tem o caráter de norma geral.

Entendem os autores que os princípios gerais são regras de coesão que constituem as relações entre as normas como um todo.

6.3. A equidade

O Código Tributário prevê, ainda, a integração através da equidade.

Entende a doutrina que a solução de litígio por equidade como aquela que se obtém pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, do que pode resultar um ajuste da norma à especificidade da situação a fim de que a solução seja justa, assim a equidade não é um princípio que se opõe à justiça, mas que a completa.

Ferraz Jr. manifesta-se assim a respeito:

"O juízo por equidade, na falta de norma positiva, é um recurso a uma espécie de intuição, no concreto, das exigências da justiça enquanto igualdade proporcional."

Desta maneira, a integração do direito pela equidade pode expandir uma obrigação, criando deveres adicionais, como também limitar o exercício de direitos para prevenir abusos e pode também criar regras para situações que se alteraram, desde o seu regulamento, ou que nele não foram previstas.

"Na falta de norma, a equidade integra o ordenamento sumariamente, assentando-se nas circunstâncias do caso concreto. Mas o seu contraponto, mesmo quando não parece claramente institucionalizado, é a existência de algum consenso."²³

Determina a lei que da equidade não pode resultar dispensa no pagamento de tributo.

Tanto a criação do tributo como a sua dispensa exigem lei que os determine.

O próprio artigo 108 do CTN limita o procedimento da integração com base no princípio da reserva de legalidade.

6.4. Antinomias

O Código Tributário Nacional não inclui a correção como meio integrativo do ordenamento tributário.

Entende a doutrina, entretanto, que a "correção" ou a interpretação *contra legem* inclui-se, também, nas formas de complementação jurídica, eis que atua além dos limites da letra da lei.

É o modo de superação das antinomias.

Constituem-se as antinomias em contradições entre normas ou princípios de Direito que existem simultaneamente num ordenamento jurídico.

Tércio Sampaio Ferraz assim define a antinomia jurídica:

"Podemos definir, portanto, a antinomia jurídica como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de

critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado.¹²⁴

A integração opera positivamente, através dela colmatam-se lacunas; enquanto a correção opera negativamente, serve para excluir-se as antinomias.

As contradições entre as leis ordinárias tributárias e os princípios constitucionais tributários podem ser corrigidos conforme a Constituição.

6.5. O preenchimento de lacunas através do critério econômico

Heinrich Beisse entende que, de acordo com o princípio da tipicidade da tributação, não se pode preencher lacunas em detrimento dos contribuintes.

Diz, entretanto, que o preenchimento deve inserir-se organicamente no todo e aí está a função integradora do critério econômico. "Se se deve entender a lei em seu significado econômico, então também a proposição jurídica encontrada para preencher a lacuna deve, neste sentido, inserir-se no conjunto do direito".²⁵

Diz ele, ainda, que a proibição de analogia observada na jurisprudência limita-se aos casos de agravamento unilateral da tributação, contra os contribuintes.

7. Os limites

Do exposto anteriormente, conclui-se que o processo integrativo no direito tributário tem como limite principal, inerente aos princípios que o informam, a exigência da reserva legal para a criação dos tributos.

A tipicidade fechada da teoria do fato gerador impede sua ampliação através da aplicação analógica. No tipo cerrado, em oposição à tipicidade aberta, a norma supõe definição denotativa e conotativa, é um código forte. Trata-se das determinações taxativas. A tipicidade cerrada não admite a integração.

Quando a tipicidade é aberta, a norma limita os casos de incidência de modo exemplificativo. Cabe, então, nestes casos, a interpretação extensiva ou aplicação da integração, como muitos a consideram.

Não pode haver criação de direito de norma, através da integração, que estabeleça tributo que crie crédito tributário ou que dispense o pagamento de tributo. Este limite encontra-se explicitado na própria lei tributária, nos parágrafos do art. 108.

Os limites, que são os controles da integração, compreendem, ainda, segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁶, os seguintes:

Nenhum meio integrador gera, por si mesmo, efeito generalizante. O preenchimento da lacuna é sempre *in casu*, só se aplicando àquele caso tratado. O ato integrador é singular. A lacuna continua a subsistir, devendo repetir-se o processo de integração a casos semelhantes. Em princípio, só o legislador elimina a lacuna.

A integração tem, ainda, como limite, sua aplicação às normas de exceção, normas singulares, as quais destinam-se para "certos casos", objetivando alcançar uma utilidade particular, vão contra o princípio geral. Assim, excepcionam-se esses casos determinados, e, não se pode, por analogia, aplicá-los a outros.

Não são, entretanto, absolutamente rígidos os princípios de exclusão de analogia face aos princípios constitucionais da igualdade. Alguns autores, inclusive, negam que se trate de criação de nova norma através da analogia, sustentando que se trata apenas de aplicação de "norma expressa elaborada para casos análogos", e, conseqüentemente, entendem que se poderia concluir pela legitimidade do processo, mesmo tratando-se de incidência de tributo.²⁷

Quando se trata de integração por meios institucionais, o controle é mais difuso.

O direito positivo, com o objetivo de proporcionar a certeza e segurança do direito, tende a limitar a atuação do intérprete. Os limites da integração permitem decidir os conflitos não-regulados por norma positiva de uma maneira controlada. Têm como fundamento os princípios da segurança e certeza do direito.

A aceitação da incompletude do sistema jurídico, das lacunas, permite a utilização dos meios de integração dentro de seus limites, o uso de fatores extrapositivos como se fossem positivos ou, ainda, positiváveis.

Para concluir, as palavras de Tércio Sampaio Ferraz:

"Assim, embora a lacuna seja definida como omissão ou falta de norma no ordenamento, ela é, na realidade, uma válvula pela qual entram no ordenamento os fatores extrapositivos, como os ideais de justiça, as exigências da equidade, os raciocínios quase formais. Ou seja, embora o conceito designe falta, ele oculta a suprabundância de normas, assegurando-se, destarte, um dos princípios caracterizadores do legislador racional: a compreensividade."²⁸

8. Um exemplo de integração extralimite

Para finalizar este estudo, trazemos um caso de procedimento da integração através da analogia pela autoridade fazendária que, nos parece, ultrapassa os limites de sua aplicação.

A Lei 8.541, de 23 de dezembro de 1992, no artigo 14, trata da tributação com base no lucro presumido, nestes termos:

Art. 14 - A base do cálculo do imposto será determinada mediante a aplicação do percentual de 3,5% sobre a receita bruta mensal auferida na atividade, expressa em cruzeros.

Parágrafo 1º - Nas seguintes atividades o percentual de que trata este artigo será de:

...

...

c) vinte por cento sobre a receita bruta mensal auferida com as atividades de:

...

c.2) intermediação de negócios, da administração de imóveis, locação ou administração de bens móveis;" (grifamos)

A lei, portanto, determina no *caput*, como regra geral, a base de cálculo para o imposto, correspondente a 3,5% sobre a receita bruta. Nos seus parágrafos, entretanto, excepciona essa regra geral, para casos taxativamente enumerados.

A autoridade administrativa, entretanto, através do Ato Declaratório (Normativo nº 10, de 14 de abril de 1993), declarou que:

"nas atividades de administração de imóveis, prevista na alínea c.2 do parágrafo 1º

do art. 14 da Lei 8.541, de 23 de dezembro de 1992, estão compreendidas a administração de imóveis próprios e/ou de terceiros.

2. No caso de pessoa jurídica que tenha por objeto a administração de imóveis próprios, as receitas de aluguéis deverão compor a base de cálculo do imposto, para efeito de tributação pelo regime do lucro presumido e, conseqüentemente, para efeito de cálculo do imposto a ser pago por estimativa, bem como da contribuição social sobre o lucro a ser recolhido por estimativa".

Como se pode verificar, a letra C.2 do §1º do art. 14 da Lei, ao mencionar "imóveis" só se refere à "administração", inexistindo o termo "locação", só utilizado para "bens móveis".

Ora, ao dispor o Ato Normativo que a administração compreende, a de "imóveis próprios e/ou alheios" e ao determinar que as "receitas de aluguéis da administração de imóveis próprios deverão compor a base de cálculo do imposto", está, por analogia, incluindo na norma de exceção, caso não aí previsto pela lei.

Desse modo, a autoridade mediante a analogia, criou numa nova base de cálculo, eis que a base de cálculo do imposto relativo à locação dos imóveis próprios não estava prevista na regra excepcional da letra C.2, mas sobre ela incidia a norma geral do *caput* do artigo.

Poder-se-ia argumentar, tratar-se o caso de interpretação extensiva, já que, como se sabe, é fluida a distinção entre ela e a analogia. A tipicidade cerrada da norma do art. 14, entretanto, não admite interpretação extensiva.

A autoridade administrativa, mediante analogia, ou interpretação extensiva, conforme se possa sustentar, colmatou a lacuna quanto à "locação", ou a "imóveis próprios" existente na norma, o que não é permitido pelo direito, face ao limite à integração decorrentes das normas singulares, de exceção, casos em que o princípio da legalidade deve nortear o intérprete.

O ato declaratório, pois, ultrapassou os limites da integração permitidos pelo direito tributário, ferindo os princípios da tipicidade e da legalidade.

- ¹ Amílcar de Araújo Falcão, "Interpretação e Integração da Lei Tributária", Revista de Direito Administrativo nº 40, pág. 25.
- ² Tércio Sampaio Ferraz Jr. "Introdução ao Estudo do Direito", Atlas, São Paulo, 1993, pág. 267.
- ³ Tércio Sampaio Ferraz Jr. op. cit., pág. 268.
- ⁴ Ricardo Torres Lobo, "Curso de Direito Financeiro e Tributário", Renovar, Rio, 1993, pág. 126.
- ⁵ Tércio Sampaio Ferraz Jr. op. cit., págs. 269 e 270.
- ⁶ Ruy Barbosa Nogueira, "Curso de Direito Tributário", 9ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989, pág. 113.
- ⁷ Ricardo Lobo Torres, Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário, Forense, Rio, 1991, pág. 52.
- ⁸ Ricardo Torres Lobo, "Norma de Interpretação e Integração do Direito Tributário", Forense, 1991, pág. 24.
- ⁹ Tipke, Lang, "Steuerrecht, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Colônia, 1991, pág. 103.
- ¹⁰ Sacha Calmon Navarro Coêlho, "Interpretação no Direito Tributário", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, pág. 75.
- ¹¹ Ruy Barbosa Nogueira, op. cit., pág. 111.
- ¹² Tércio Sampaio Ferraz Jr., op. cit., págs. 196 e 197.
- ¹³ Ricardo Lobo Torres, "Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário", pág. 44.
- ¹⁴ Tércio Sampaio Ferraz Jr., op. cit., pág. 272.
- ¹⁵ Ruy Barbosa Nogueira, op. cit., pág. 112.
- ¹⁶ Maria Helena Diniz, "As lacunas no Direito", Saraiva, 1989, pág. 141.
- ¹⁷ Tércio Sampaio Ferraz Jr., op. cit., pág. 273.
- ¹⁸ Norberto Bobbio, "Teoria Dell' Ordinamento Giuridico", Giappichelli, Torino, págs. 174 e 175.
- ¹⁹ Tércio Sampaio Ferraz Jr., op. cit., pág. 274.
- ²⁰ Alfredo Augusto Becker, "Teoria Geral do Direito Tributário", Saraiva, São Paulo, 1963, pág. 121.
- ²¹ Hugo de Brito Machado, "Temas de Direito Tributário", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, pág. 68.
- ²² Ricardo Lobo Torres, op. cit., pág. 64.
- ²³ Tércio Sampaio Ferraz, op. cit., pág. 272.
- ²⁴ Op. cit., pág. 189.
- ²⁵ Heinrich Beisse, "Direito Tributário, Estudos em Homenagens ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira", Saraiva, São Paulo, 1984, pág. 24.
- ²⁶ Op. cit., págs. 278, 279.
- ²⁷ Hugo de Brito Machado, op. cit., pág. 67.
- ²⁸ Op. cit., pág. 280.

Bibliografia

- Becker, Alfredo Augusto, *Teoria Geral do Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 1963.
- Beisse, Heinrich, em *Direito Tributário, Estudos em Homenagem ao Professor Ruy Barbosa Nogueira*, São Paulo: Saraiva, 1984.
- Bobbio, Norberto, *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, Giappichelli, Torino.
- Coêlho, Sacha Calmon Navarro, *Interpretação no Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- Diniz, Maria Helena, *As Lacunas no Direito*, São Paulo: Saraiva, 1989.
- Engisch, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, Ed. Calouste Gulbenkian, 1988.
- Falcão, Amílcar de Araújo, *Interpretação e Integração da Lei Tributária*, in Revista de Direito Administrativo nº 40.
- Ferraz, Tércio Sampaio Jr., *Introdução ao Estudo do Direito*, São Paulo: Atlas, 1993.
- Larenz, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ed.
- Machado, Hugo de Brito, *Interpretação no Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- , *Temas de Direito Tributário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- Nogueira, Ruy Barbosa, *Da Interpretação e das Leis Tributárias*, São Paulo, 1963.
- , *Curso de Direito Tributário*, 9.ed., São Paulo: Saraiva, 1989.
- Sousa, Ruben Gomes de, Normas de Interpretação no Código Tributário Nacional, em *Interpretação no Direito Tributário*, Educa.
- Rothmann, Gerd W. *O Princípio da Legalidade Tributária*, Revista Forense, outubro, novembro, dezembro, 1970.
- Tipke, Lang, *Steuerrecht*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Colônia, 1991.
- Torres, Ricardo Lobo, *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*, Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- , *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- Vanoni, Ezio, *Natureza e Interpretação das Leis Tributárias*, tradução de Rubens Gomes de Souza, Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., s/d.

Teoria do objeto do processo

Alexandre Mariotti

Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

Introdução - Precisoções sobre o tema; I. Objeto litigioso do processo; A. Objeto litigioso na doutrina alemã; B. Objeto litigioso na doutrina brasileira; II. Objeto processual; A. Objeto processual em sentido estrito; B. Objeto processual em sentido amplo; Conclusão

Abstract

Brazilian doctrine has been unable to reach an agreement on the Object of Judicial Process. Barely studie in our country, this concept is a central concern in German judicial literature. This article tries to clear up terms and to make an outline of the Object of Judicial Process adapted to Brazilian positive law.

Introdução - precisões sobre o tema

1. A noção de objeto do processo parece intuitiva, mesmo diante da pluralidade de significados que o termo "objeto" assume na linguagem vulgar. Isso se deve ao nome, não à coisa: parece óbvio, mesmo ao leigo, que toda atividade tem um objeto. Logo, também a atividade processual o tem. Assim, tende-se a compreender objeto do processo como a matéria à qual se refere o processo. Dito de forma mais elegante, o objeto seria o ponto de convergência da atividade processual.

Esta primeira abordagem, conquanto aponte na direção correta, pouco esclarece sobre o que a expressão "objeto do processo" designa em linguagem técnica. Já neste ponto, contudo, iniciam as dificuldades: a expressão é utilizada em doutrina para designar coisas bastante diversas entre si. Diante disso, a abordagem propriamente dita do tema deve ser precedida de algumas considerações sobre a terminologia a ser utilizada no presente trabalho. É imperati-

vo que se esclareça o que se entende por "objeto do processo", e o que não.

2. Assim, não se confunde "objeto do processo" com "objeto da ciência do processo" ou "objeto do direito processual". Estas duas últimas expressões se ocupam justamente do estudo e disciplina do fenômeno processual, o que equivale a dizer que seu objeto é o processo na sua totalidade.

Também deve-se distinguir "objeto do processo" de "objetivo do processo", repudiando a utilização destas expressões como sinônimas¹.

Conforme demonstra Sydney Sanches, a finalidade, o escopo do processo não devem ser relacionados à idéia de "objeto do processo", que é ambígua e por isso mesmo, pode levar a confusões². Por conseguinte, preferível a utilização dos termos finalidade o escopo do processo, cujo sentido é inconfundível³.

De fato, não há porque utilizar a mesma expressão para designar duas coisas diferentes e inconfundíveis. A expressão "objeto do processo" deve ser reservada, outrossim, para designar o conteúdo do processo, e não ao seu fim genérico.

3. Dizer o que não é objeto do processo é consideravelmente mais simples que quer dizer o que ele é. A este respeito, cumpre que se registre o total desacordo da doutrina no que respeita ao uso da expressão.

Não existindo uma *communis opinio doctorum* terminológica que se possa adotar, nem uma concepção particular inteiramente satisfatória, a necessária precisão de lin-

guagem só pode ser obtida se atribuirmos à expressão um sentido unívoco. Somente assim se evitará ambigüidades que poderiam comprometer a clareza da exposição.

4. Assim, para os fins deste trabalho se entenderá objeto do processo como um conceito amplo, dentro do qual se podem distinguir um objeto material e um objeto processual.

O objeto material corresponde à relação jurídica de direito material posta em causa e que deverá constituir o mérito (na acepção restrita de *thema decidendum*), excluindo as chamadas "questões de mérito" da sentença que venha a ser proferida. Corresponde, outrossim, ao objeto litigioso do processo *Streitgegenstand* de que trata extensivamente a doutrina alemã⁴.

O objeto processual, por sua vez, pode ser definido de duas maneiras: em sentido estrito, como o conjunto dos requisitos formais relativos ao próprio processo, cuja verificação condiciona o exame do mérito (objeto formal); ou, em sentido amplo, como o conjunto de todas as questões que se oferecem ao conhecimento do órgão jurisdicional e que não digam respeito ao julgamento do mérito (objeto do conhecimento do juiz) - por outras palavras, tudo aquilo que não for objeto litigioso.

Estas primeiras observações já permitem o vislumbre não apenas da importância como também da complexidade do tema, que nos obriga a delimitá-lo. Assim, em que pese não enxergamos qualquer óbice à utilização da conceituação proposta na seara do processo penal⁵, o nosso estudo se desenvolverá quase que exclusivamente em direção a uma melhor definição do objeto do processo no sistema processual civil - mais precisamente: do objeto do processo civil de conhecimento.

Essa opção se prende ao fato de que a incerteza conceitual com que a matéria é tratada entre os cultores do processo civil não aconselha um enfoque comparativista. Faz-se necessária, com efeito, a fixação prévia da noção de objeto no processo civil, sem o que não disporemos de um ponto de partida seguro para um enfoque unitarista.

O modesto objetivo deste trabalho, outrossim, é expor o estado atual do debate na doutrina processual civil, solidificando conceitos e quiçá contribuindo para um estudo mais abrangente a ser feito no futuro.

Isto posto, nosso estudo iniciará, numa primeira parte, pela análise do objeto litigioso do processo⁶. A seguir, na segunda parte, se debruçará sobre o objeto processual.

1. Objeto litigioso do processo

5. O conceito de objeto litigioso do processo, que constitui uma das preocupações centrais da processualística alemã, é muito pouco trabalhado entre nós. A razão deste fato é muito simples: na processualística brasileira, assim como na italiana, o foco da investigação doutrinária está centrado na doutrina da ação⁷. A própria disciplina do CPC, como se verá, colabora para o pouco relevo que o conceito assume nestas paragens.

Na verdade, essa exclusão se justifica, do ponto de vista lógico: tanto a doutrina da ação como a teoria do objeto litigioso do processo buscam resolver um mesmo problema, a saber, o problema da relação entre relação jurídica material e processo. Isto é, admitindo-se, como geralmente hoje se admite, que a ação seja um direito abstrato⁸, o problema é explicar de que forma se insere no processo a relação de direito material que deverá constituir o eixo da atividade processual.

Por esta razão, o estudo do objeto litigioso do processo deve passar, num primeiro momento, pelo exame da doutrina alemã. De posse dos subsídios que desse exame resultarem, poderemos examinar a questão à luz do direito processual brasileiro.

A. Objeto litigioso na doutrina alemã

6. Em conhecida passagem sobre a doutrina da ação, Pekelis definiu o estado do debate doutrinário como *una babelica confusione*⁹. A rigor, as asperezas do substrato

comum - a relação entre direito material e processo, conforme visto - fazem com que se possam repetir estas mesmas palavras em relação ao debate sobre o objeto litigioso do processo, peculiar à processualística alemã. Com efeito, esclarecendo-se que este tema ocupa, na doutrina germânica, o espaço entre nós ocupado pela doutrina da ação como noção fundamental do processo, não é difícil imaginar a extensão dos debates que provoca.

Para os autores germânicos, o objeto litigioso do processo, definindo o conteúdo do processo, é o elemento que permite a identificação da demanda. As relevantes consequências práticas que decorrem da sua fixação são postas em relevo por Schwab: "El objeto litigioso es tema central del derecho procesal civil. Su esencia y alcance tienen decisiva relevancia para los problemas de la acumulación de acciones, de la modificación de la demanda, de la litispendencia y del alcance de la cosa juzgada material"¹⁰.

Daí a extensão da profundidade dos estudos dedicados pelos alemães à resolução dos problemas suscitados pela noção de objeto litigioso do processo.

Sobre este tema se debruçaram alguns dos mais destacados processualistas germânicos.

7. Friederich Lent introduz o tema em passagem que merece transcrição literal: "Un procedimento ordinato, fornito da un reciso scopo e disciplinato in modo conveniente per raggiungerlo, non è concepibile se non con un oggetto ben definito fin dall'origine. Nel processo civile si deve sapere con certezza dal primo momento su quali punti dovrà svolgersi la trattazione ed essere emanata la pronuncia. Il giudice deve essere consapevole dell'oggetto sul quale è chiamato da decidere, e le parti devono indicarlo con la massima chiarezza"¹¹.

A seguir, depois de salientar a importância prática do problema, define o objeto litigioso do processo como "l'accertamento, chiesto in giudizio, un effetto giuridico"¹².

Esclarece, ademais, que ele não é nunca constituído de um simples fato ou acontecimento, mas de um direito ou de relação jurídica, nem há necessidade que este direito (ou relação) exista de fato, *sendo suficiente sua afirmação e juízo*. O efeito jurídico afirmado em juízo é individualizado através do pedido e da causa - por causa se entendendo o fato que dá origem ao efeito pretendido. Alerta que a natureza do provimento judicial que se pede (constitutivo, declaratório, etc.) integra o objeto litigioso. Enfim, aduz que a pluralidade de direitos substanciais deduzidos no mesmo processo caracteriza pluralidade de demandas¹³.

8. Karl Schwab, em sua já mencionada monografia sobre o tema, também inicia pela asserção da importância do tema: "El objeto es pues problema central del proceso y fundamento de una serie de los más importantes fenómenos procesales"¹⁴. Desde logo, adverte que o *objeto do litígio é um fenómeno de direito processual, que não deve ser identificado com a pretensão de direito material*¹⁵.

Em sequência, refere e critica a concepção de objeto litigioso dos principais processualistas germânicos da época¹⁶ - inclusive do há pouco citado Lent -, procurando sempre demonstrar as consequências práticas da aplicação de cada teoria aos institutos da cumulação de ações, da modificação da demanda, da litispendência e da coisa julgada.

Afinal, conclui que o pedido do autor é o elemento fundamental do litígio, cabendo aos fatos sobre os quais se funda a demanda (causa) função meramente interpretativa: "Tenemos pues que lo decisivo es siempre la solicitud interpretada. Para interpretarla debe recurrirse al estado de cosas"¹⁷. Os fatos, então, não integram o objeto litigioso, como resta claro da definição com a qual Schwab sintetiza seu pensamento: "Objeto litigioso es la petición de resolución designada en la solicitud"¹⁸.

9. A concepção de Schwab foi duramente criticada por Walter J. Habscheid, em trabalho específico sobre o tema. Para Habscheid, de fato, a teoria de Schwab parece

simplicista e desconforme às realidades do direito positivo alemão e do próprio processo¹⁹. O principal alvo de sua crítica é justamente o papel atribuído aos fatos que embasam o pedido: para este autor, tais fatos são um elemento essencial da demanda²⁰. No seu ponto de vista, pois, a causa de pedir integra o objeto litigioso, a ponto de se poder dizer que sua inexistência deve conduzir à rejeição liminar da demanda²¹.

Ainda segundo este autor, existe certo consenso na doutrina e na jurisprudência alemãs sobre a relevância dos fatos que constituem a *causa petendi*, restringindo-se o debate a quais fatos a integram. Neste ponto reside a originalidade da concepção de Habscheid: para ele, o *andamento do pedido é o estado de fato afirmado pelo autor*, entendido como o conjunto de fatos que constituem uma relação de vida²².

Esta particularidade de teoria examinada foi criticada por Lent²³: o acontecimento da vida que deve integrar o objeto litigioso não se deixa individuar com exatidão, na ausência de um critério preestabelecido para seleção dos fatos relevantes. Tal individuação só pode ser feita com base no efeito jurídico pretendido pelo demandante, a partir do qual serão selecionados do acontecimento da vida somente os fatos idôneos a fundamentá-lo. A representação do acontecimento da vida será, então, necessariamente parcial.

10. Todo o esforço dos autores alemães, em que pesem as diferentes conclusões, é convergente no sentido de sinalar o caráter exclusivamente processual do objeto litigioso. A autonomia da relação processual - incontestada na doutrina alemã desde a obra de Von Bulow²⁴ - e face da relação de direito material exige o reconhecimento de diferentes objetos, sob pena de se admitir indesejável subordinação do direito de ação à efetiva existência do direito material afirmado²⁵.

No direito processual alemão, esta tarefa é complicada pela existência de um conceito claro de pretensão (material) constante do parágrafo 194 do BGB, pela indefinição do estatuto processual sobre o conceito de

pretensão processual - que a doutrina procura sistematizar de forma a caracterizar o paralelismo dos diferentes planos jurídicos²⁶. Nem todos os autores consultados, porém, utilizam a expressão.

Conforme já se disse anteriormente, o sistema processual pátrio utiliza outra construção para resolver o impasse entre processo e direito material. A elaboração doutrinária germânica sobre o objeto litigioso do processo, todavia, é suscetível de ser aplicada, no mínimo como ilustração, ao processo civil brasileiro.

B. Objeto litigioso na doutrina brasileira

11. Escreve Schwab que todo processo tem um objeto em torno do qual se desenvolve a controvérsia entre as partes, e em todo procedimento processual este objeto é a razão de ser de uma série de formas e fenômenos que não podem ser compreendidos sem referência ao objeto. Desta forma, o *objeto litigioso não é um fenômeno peculiar ao direito processual alemão*, mas, como tantos outros conceitos do ordenamento jurídico, é comum a todo o direito²⁷.

Se estas considerações parecem bastante sensatas para a existência necessária de um objeto litigioso onde quer que haja processo, o mesmo não se pode dizer de uma passagem posterior, na qual o referido autor afirma que a determinação do objeto litigioso do processo prescinde da consideração da disciplina legal pertinente²⁸. De se aceitar, sem dúvida, a posição oposta, que sustenta que o objeto litigioso do processo deve ser definido em conformidade com o sistema processual vigente²⁹.

Isto é especialmente verdadeiro no que respeita ao processo civil brasileiro. Ao contrário do direito processual alemão, o direito positivo pátrio possui enunciação categórica (art. 301, parágrafo 2º, CPC): "Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido". A colocação do problema do objeto litigioso do processo no direito brasileiro passa, necessariamente, pela consideração do alcance desta norma³⁰.

12. Conforme já esclarecido, ação, no nosso sistema, ocupa o lugar que a processualística germânica assinala ao objeto do processo. Assim, os autores do Código de Processo Civil vigente optaram por consagrar, como critério de individualização das demandas, a tradicional *doutrina da triplíce identidade*. Uma causa será idêntica à outra, portanto, quando as partes, o pedido e a causa de pedir forem os mesmos (*eadem personae, eadem res, eadem causa petendi*).

Esta doutrina remonta à obra de Pescatore³¹, tendo se firmado definitivamente nos ordenamentos latinos por força da autoridade da lição de Chiovenda³². A partir da decomposição trinária da demanda se resolvem os problemas da coisa julgada, da litispendência, da modificação da demanda e da cumulação de ações, entre outros³³, que a doutrina alemã tenta resolver a partir da noção de objeto litigioso.

Em consequência, o estudioso brasileiro do processo civil dispõe, ao contrário do alemão, de um critério muito claro para utilizar na identificação das demandas. Isso não quer dizer, todavia, que a mencionada norma resolva sozinha o problema, nem que sejam pontos pacíficos a individualização do conteúdo da demanda e os efeitos que resultam da decisão de mérito.

13. O instrumental processual positivo oferece ainda uma outra tomada de posição bem definida no art. 262, III (segundo o qual a petição inicial deverá indicar "o fato e os fundamentos jurídicos do pedido"). Esse dispositivo explicita o conteúdo da causa de pedir, resolvendo em sentido afirmativo a questão atinente à pertinência dos fatos. No processo civil brasileiro pois, os fatos integram o objeto litigioso do processo, sobre o qual deverá recair a pronúncia de mérito.

E de difícil defesa, outrossim, no sistema processual brasileiro, a concepção de objeto litigioso de Schwab - segundo quem, recorde-se, os fatos não o integram. Curiosamente, sua teoria encontrou significativa aceitação na doutrina brasileira³⁴.

Salvo essa aceitação explique o fato de Sydney Sanches, ambos expondo posição idêntica à do texto, não repelir coincida-

mente o ensinamento do processualista alemão³⁵. Araken de Assis, ao revés, a rejeita explicitamente³⁶.

A posição de Habscheid coloca-se em vantagem em relação à de Schwab, mas introduz um elemento duvidoso através do conceito de "estado de fato", conforme demonstrou Lent³⁷.

Não merece acolhida, de outra parte, a afirmação de que Lent identifica o objeto litigioso com o direito material. Como visto, para ele o *objeto litigioso é a afirmação de um direito material*³⁸. Das posições examinadas, então, a de Lent parece ser a mais adequada ao contexto jurídico brasileiro.

14. Podemos dizer com segurança, a esta altura, que o objeto litigioso do processo no direito brasileiro é a ação, entendida como afirmação de um direito material.

Nunca é demais repisar que esta ação não é a ação processual, que origina a relação processual. Esta resulta de direito autônomo, que se exerce independentemente da existência de direito material - daí se dizer que é abstrata.

Também se pode asseverar que os fatos jurídicos que sustentam o pedido do autor (*causa petendi*) integram o objeto litigioso. Estes fatos e o pedido que deles se faz derivar constituirão o objeto da sentença de mérito, que decidirá sobre a efetiva existência dos primeiros e sobre a procedência do segundo.

15. Resta saber se estes esclarecimentos, somados ao critério da triplíce identidade eleito pelo legislador, podem explicar os quatro fenômenos cuja resolução, segundo a doutrina alemã, depende da configuração que se der ao objeto litigioso, a saber: cumulação de ações, modificação da demanda, litispendência e extensão da coisa julgada.

Com relação às três primeiras hipóteses, parece não haver dificuldade. A situação se complica no que tange à coisa julgada. Discute-se em sede doutrinária, se a norma do art. 474 do CPC implica a impossibilidade de se construir, no sistema processual vigente, um conceito unitário de objeto litigioso que se aplica a todas estas hipóteses³⁹.

Conquanto instigante, a questão tem maior afinidade com o tradicionalmente controverso tema dos limites objetivos da coisa julgada, pelo que não merecerá exame mais detido. Ao revés, ingressaremos na segunda parte da exposição, abordando o objeto processual.

II. Objeto processual

16. Alertamos, no início da exposição que o objeto processual comporta dupla definição. Num primeiro sentido, restrito, como o conjunto dos requisitos formais relativos ao próprio processo (objeto formal).

Em outro sentido, amplo, como o conjunto de todas as questões estranhas ao mérito (em sentido estrito) que se oferecem ao conhecimento do órgão jurisdicional (objeto do conhecimento do juiz).

Começaremos por examinar o conceito na sua acepção restrita. Logo a seguir, dirigiremos nossa atenção para a acepção ampla.

A. Objeto processual em sentido estrito

17. Devemos retomar por um momento a doutrina alemã para precisar a distinção entre objeto processual e objeto litigioso do processo. Em uma passagem do trabalho que vimos citando, Habscheid escreve que a pretensão do autor não diz respeito apenas ao mérito da demanda, mas também à sua admissibilidade⁴⁰. Por conseguinte, deve-se distinguir dois elementos dentro do objeto do processo: a pretensão concernente ao direito material e a pretensão referente à admissibilidade da demanda. O juiz deve pronunciar-se primeiro sobre a segunda pretensão, porque só se a demanda for admissível poderá se examinar o mérito. Em não o sendo, o processo deve ser encerrado sem exame do mérito.

Já vimos que a pretensão relativa ao direito material afirmado corporifica o objeto litigioso do processo. O que se colhe de novo no magistério de Habscheid é a pre-

tensão que diz respeito à admissibilidade do exame do mérito. Essa pretensão possui caráter indubitavelmente processual, pois se refere aos requisitos formais que devem estar presentes para a decisão do objeto litigioso. Trata-se de decidir sobre o processo. Estes requisitos formais constituem o que chamamos de objeto processual em sentido estrito, ou objeto formal.

Neste sentido restrito, então, o objeto processual diz respeito à relação jurídica processual, ou, mais amplamente, ao processo como um todo. A raiz da distinção remonta, mais uma vez, à obra de Von Bulow e, segundo o autorizado ensinamento de Araken de Assis, passa por Wach, para chegar a ser explicitada na obra de Blomeyer, que "separou o objeto material (*sachlicher Streitgegenstand*) do objeto processual (*prozessualer Streitgegenstand*). Neste último, ficam acantonadas as questões relativas ao plano processual, especialmente enfrentadas nos provimentos que não examinam o mérito (...), contrapondo-se ao conteúdo dos atos em que o juiz avalia, total ou parcialmente, o Direito Material posto em causa"⁴¹.

18. A distinção permite caracterizar de forma muito clara a autonomia do plano do direito processual em relação ao plano do direito material. Com efeito, no processo não se decide apenas sobre o que o as partes dizem ser o seu direito, mas também sobre o processo em si.

Como bem observa Ovídio Baptista da Silva, a "idéia de processo implica à de movimento, a partir de um determinado ponto inicial e orientado para um fim determinado"⁴². Este fim - e a palavra é aproveitável em ambos os sentidos - é a sentença de mérito, que desatará o impasse trazido pelas partes à apreciação judicial, declarando a norma aplicável (pensamos, evidentemente, no processo de conhecimento. Os processos cautelares e de execução têm objetivos diversos). A sua preparação se endereça toda a atividade realizada no processo pelo órgão de jurisdição e perante ele⁴³.

Se a sentença de mérito é o modo normal de encerramento do processo, também é possível que este termine de modo anor-

mal. Ocorre que a obtenção da sentença exige o atendimento de determinados requisitos de ordem formal. Em não sendo atendido algum deles, inviabiliza-se o exame do mérito, e o processo deve ser precocemente encerrado - o CPC usa o termo "extinção" para estas hipóteses (art. 268). Estas condições de admissibilidade do exame do mérito são comumente divididas pela doutrina brasileira em duas categorias: os pressupostos processuais e as condições da ação.

19. A idéia de pressupostos processuais está ligada à idéia da existência de uma relação jurídica processual, distinta da relação jurídica material em questão, que se estabelece com o ajuizamento da demanda.

Na definição de Theodoro Jr., são "requisitos jurídicos para a validade e eficácia da relação processual"⁴⁴.

Há controvérsia sobre a inclusão de requisitos para sua existência. Salienta Barbosa Moreira, a propósito, que quando se diz que determinado requisito é um pressuposto processual, "a rigor é pouquíssimo o que se fica sabendo a seu respeito. Que se cuida de matéria referente ao processo, a ser apreciada preliminarmente ao mérito - e só"⁴⁵.

A categoria das condições da ação, de outro lado, é objeto de uma das mais duradouras controvérsias produzidas pelo advento do CPC vigente. Como é notório, as condições da ação constituem conceito característico da teoria eclética da ação, acolhido explicitamente pelo legislador de 1973. A ausência de qualquer deles (*legitimação ad causam*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido) conduziria à "carência de ação" e conseqüente extinção do processo. Sucede que, muitas vezes, o juízo sobre a inexistência de uma condição inequivocamente toca o mérito⁴⁶. Daí o interesse da doutrina em trabalhar a questão, a fim de compatibilizar a disciplina legal com a natureza das coisas⁴⁷.

Como evidencia o tratamento ligeiro que se emprestou a questões tão discutidas, os pressupostos processuais e as condições da ação nos interessam unicamente como componentes da fração do objeto do processo que chamamos objeto processual. A inclu-

são das condições da ação neste quadrante só se justifica em virtude do direito processual positivo. Do ponto de vista doutrinário, a categoria não tem existência necessária. Seu conteúdo pode ser comodante repartido entre pressupostos processuais (entendidos como pressupostos de admissibilidade do exame do mérito) e objeto litigioso do processo, como faz a doutrina alemã⁴⁸.

Pende de indagação, a esta altura, o conceito de objeto processual em sentido amplo. Vejamos no que consiste.

B. Objeto processual em sentido amplo

20. Vimos que o objeto litigioso do processo se identifica com o direito material posto em causa, e que o objeto processual em sentido estrito diz com os requisitos formais de admissibilidade do exame deste direito pelo órgão jurisdicional. É certo, porém, que essas matérias não esgotam o objeto do conhecimento do juiz no âmbito do processo.

Conforme percebe Cândido Dinamarco, "questões podem surgir no processo em qualquer dessas sedes, ou seja, tanto pode ser duvidoso algum ponto relativo ao mérito, quanto outro pertinente ao processo e à ação". E especifica: "O réu suscita questões ao responder, o autor na réplica ou depois, ambos a todo momento no contraditório do processo, dúvidas são levantadas de ofício pelo juiz: e de todas essas questões o juiz conhece e sobre elas se pronuncia, no momento procedimental adequado"⁴⁹.

A esse conjunto de questões que não dizem respeito ao mérito⁵⁰ denomina *objeto do conhecimento do juiz*.

21. Posição semelhante é assumida por Arruda Alvim, que utiliza a expressão "objeto do processo" para designar tudo aquilo que não esteja contido no objeto litigioso. Para este autor, o conceito de objeto litigioso se equipara ao conceito de mérito⁵¹, enquanto o conceito de objeto do processo possui maior amplitude, pois "é também a contestação do réu, suas exceções etc. Também sobre estas o juiz é obrigado a se pro-

nunciar. A defesa não altera ou modifica o litígio, mas aumenta a tarefa do juiz. Tudo aquilo que se apresenta à inteligência do juiz e, a final, seja determinante da atividade jurisdicional, é inequivocamente, objeto do processo. Objeto litigioso, pois, é conceito menor do que objeto do processo⁵².

Embora os termos não coincidam, resta evidente que a idéia é a mesma.

A distinção é acolhida ainda por Sydney Sanches, que, se reportando a Arruda Alvim, esclarece que "objeto do processo não é apenas o pedido do autor, ou sua pretensão processual, mas tudo aquilo que nele (processo) deva ser decidido pelo juiz. Não só o objeto do *judicium*, mas também da simples *cognitio*. Enfim, todas as questões de fato ou de direito, relacionadas ou não com o mérito, com o início, o desenvolvimento e o fim do processo"⁵³.

Por aí se vê a noção de objeto processual em sentido amplo se define por exclusão. O que não for objeto litigioso do processo, mas necessitar ser conhecido pelo juiz no processo, é objeto processual, esta acepção lata. Querem significar isso tanto Arruda Alvim com "objeto litigioso do processo" e "objeto do processo", como Dinamarco com "objeto do processo" e "objeto do conhecimento do juiz". Por isso, *podemos definir objeto processual em sentido amplo como o conjunto de todas as questões suscitadas no processo para conhecimento do órgão jurisdicional*. Este conceito inclui todas as questões abrangidas pelo objeto processual em sentido restrito.

Conclusão

22. Coerentemente com os objetivos explicitados na introdução deste trabalho, encerraremos com um rápido apanhado do que resultou do tratamento dispensado ao tema.

Em primeiro lugar, vimos que o objeto do processo é suscetível de fracionamento em um objeto material - chamado objeto litigioso do processo - e um objeto processual.

O objeto litigioso do processo no direito brasileiro é a ação, entendida como afirmação de um direito material. Esta compreende, além do pedido, os fatos sobre os quais o autor fundamenta o efeito jurídico pretendido *causa petendi*.

Já o objeto processual comporta dupla definição, conforme se o entenda em sentido amplo ou restrito. No primeiro sentido, amplo, é o conjunto de todas as questões estranhas ao mérito (em sentido estrito) que se oferecem ao conhecimento do órgão jurisdicional (objeto do conhecimento do juiz). No segundo sentido, restrito, é o conjunto dos requisitos formais relativos ao próprio processo (objeto formal).

Na doutrina brasileira, predomina a concepção do objeto processual em sentido amplo, em que pese a desinteligência conceitual. O objeto processual em sentido restrito é dissolvido no conceito amplo, não obstante a possibilidade, demonstrada pela exposição, de concebê-lo autonomamente como conjunto de requisitos formais de admissibilidade do pronunciamento de mérito, a ser examinado com antecedência em relação ao direito material posto em causa.

Notas

¹ Theodoro Jr., em "Processo de execução", p. 16, comete semelhante deslize, ao dizer que "objeto do processo é a composição da lide, através da aplicação da norma jurídica abstrata ao fato concreto deduzido em juízo". Nesta passagem, a expressão é claramente utilizada no sentido de finalidade. A crítica já se encontra em Sanches, "Objeto do processo e objeto litigioso do processo", p.32.

² Ob. cit., p. 34.

³ Ob. cit., p. 33.

⁴ A obra mais conhecida entre nós é a de Karl Schwab, *El objeto litigioso en el proceso civil*.

⁵ Também neste domínio pode-se reconhecer um objeto litigioso, relacionado à atuação do direito material penal, e um objeto processual, que pode ser entendido tanto em sentido estrito como em sentido amplo.

⁶ A expressão "objeto material" seria mais do nosso agrado. Entretanto, se a terminologia adotada o foi por razões de clareza, seria contraditório não optar por "objeto litigioso", utilizada pela doutrina nacional em

idêntico sentido (Arruda Alvim, "Manual de Direito Processual Civil", pp. 270- 271, e Araken de Assis, "Cumulação de ações", pp. 86-102). De outra parte, representa a tradução mais fiel do termo *Streitgegenstand* (conforme Cândido Dinamarco, "O conceito de mérito em processo civil", p. 40), consagrado pela doutrina germânica que se irá referir.

⁷ Dinamarco, "O conceito...", p. 41: "Entre nós não é generalizado, porém, o gosto pelo estudo do objeto do processo. Nossos autores, como a maioria dos italianos, mantêm-se fiéis aos métodos tradicionais, da ação ou mesmo da lide como pólo metodológico fundamental na teoria do processo". No mesmo sentido, Araken de Assis, "Cumulação...", pp. 87-88.

⁸ Neste sentido, Araken de Assis, "Cumulação...", cit., Ovidio Baptista da Silva, "Curso de processo civil", Watanabe, "Da cognição no processo civil", entre outros.

⁹ "Azione (teoria moderna)", p. 31.

¹⁰ "El objeto...", p. 1.

¹¹ "Diritto Processuale Civile Tedesco", p.147.

¹² Ob. cit., p. 151.

¹³ Ob. cit., pp. 149-151.

¹⁴ *El objeto litigioso* ..., p. 6.

¹⁵ *El objeto litigioso* ..., p. 3.

¹⁶ A obra foi publicada originalmente em 1954.

¹⁷ *El objeto litigioso* ..., p. 243 - grifo original.

¹⁸ *El objeto litigioso* ..., p. 251.

¹⁹ *L'oggetto del processo nel Diritto Processuale Tedesco*, p. 455.

²⁰ *La causa é un elemento necessario della domanda. Per questo dobbiamo rigettare l'opinione di Schwab second cui la causa non servirebbe ad altro che ad interpretare le conclusioni dell' attore, la sua pretesa*. Ob. cit., pp. 461 - grifo original.

²¹ Ob. cit., p. 462.

²² Em alemão, *einen Lebsachverhalt*. Para que esta concepção se torne compreensível, indispensável uma ilustração fornecida pelo próprio texto (p. 461): numa ação indenizatória por acidente ferroviário, reconhecem-se diversos acontecimentos históricos - aquisição do bilhete, início da viagem, parada durante o percurso, recomeço da viagem, e, enfim, o sinistro. Todos estes fatos, embora discerníveis um do outro, integram um mesmo estado de fato, que representa a causa de pedir da ação, e que deverá ser examinado na sua totalidade pelo juiz.

²³ Ob. cit., p. 155. Segundo Araken de Assis, a crítica tem procedência ("Cumulação...", pp. 97-98).

²⁴ *la teoria de las excepciones procesales e los presupuestos procesales*.

²⁵ Entre nós, a demonstração convincente da autonomia da relação processual é efetuada pela teoria do direito abstrato de ação. Conforme, por último, Araken de Assis, "Cumulação ...", pp. 69-61.

²⁶ Schwab é especialmente claro a este respeito - *El objeto litigioso...* pp. 5-6. No mesmo sentido sentido, Dinamarco, "O conceito de mérito...", pp. 41-42.

²⁷ *El objeto litigioso...*, p. 4.

²⁸ Literalmente: *Veremos que el objeto litigioso es un fenómeno fundado en la esencia del proceso civil, un fenómeno que el legislador encuentra y que debe tratar de describir, pero que no puede propiamente crear* - ob. cit., p. 8.

²⁹ Defendida por Habscheid (ob. cit., 458) - para quem, em que pese a opinião diversa de Schwab, isto é "evidente".

³⁰ Neste sentido, Araken de Assis, "Cumulação...", pp. 88-89.

³¹ Conforme Moniz de Aragão, "Conexão e tríplice identidade", p. 50.

³² "Instituições de Direito Processual Civil", v. I, pp. 31-33.

³³ Chiovenda, ob. cit., pp. 353 e ss.

³⁴ Conforme Assis, "Cumulação...", p. 97, nota 431.

³⁵ "Não nos animamos a assumir integralmente a posição de Schwab, pelo menos em face do ordenamento jurídico processual brasileiro" - ob. cit., p. 46.

³⁶ "Cumulação...", p. 98.

³⁷ Cabe referir, a propósito, recente acórdão do STJ, que, definindo a causa de pedir, faz uso quase que das mesmas palavras que Lent utiliza para refutar o conceito de Habscheid: "Segundo esmerada doutrina, *causa petendi* é o fato ou o conjunto de fatos suscetível de produzir, por si, o efeito jurídico pretendido pelo autor" (transcrito por Negrão, "Código de Processo Civil e Legislação processual em vigor", nota 8ª ao art. 282).

³⁸ Ver nº 9, "supra". Em defesa de Lent, Cresci Sobrinho, "Objeto litigioso - De Lent a Habscheid e Jauerling", p. 60.

³⁹ E a posição de Araken de Assis: "Em um ponto, porém, a extensão do objeto litigioso, enquanto conceito unitário, escapa das raízes rigorosas que lhe permitem, em tese, abranger os institutos apontados (cumulação, modificação da demanda, litispendência e coisa julgada). E que, no direito brasileiro, este último instituto, a coisa julgada, adquire uma feição muito peculiar, que termina por extravasar os lindes do objeto litigioso ou - na ordem de idéias aqui sustentada, rente, além disso, à dicção do art. 301, parágrafo 2º, do CPC, da *ação material*. Nenhuma construção unitária, com efeito, do objeto litigioso, de resto plenamente satisfatória aos demais rincões compatíveis ao problema, se compadece da autêntica transformação do objeto operada com o trânsito em julgado" - "Cumulação...", p. 89, grifado no original. Ver, em sentido contrário, Barbosa Moreira - "A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do Processo Civil brasileiro", p. 104, nota 11.

- ⁴⁰ *La pretesa dell'attore, così come appare nell'atto di citazione, non concerne solo il merito della domanda, ma anche la sua ammissibilità* - ob. cit., p. 460.
- ⁴¹ "Cumulação...", pp. 99-100. Todavia, este autor parece não distinguir os dois sentidos do objeto processual conforme proposto "supra".
- ⁴² "Curso...", p. 149.
- ⁴³ Barbosa Moreira, "O novo processo civil brasileiro", p. 3.
- ⁴⁴ "Processo de conhecimento", p. 61.
- ⁴⁵ "Sobre pressupostos processuais", p. 5.
- ⁴⁶ Conforme por último, Fabrício, "Extinção do processo e mérito da causa."
- ⁴⁷ Merece referência, neste passo, a solução de Watanabe, que as caracteriza como técnica de julgamento antecipado, efetuado à vista da mera afirmativa do autor - ob. cit., pp. 68-71.
- ⁴⁸ No processo penal, a utilidade da teoria das condições da ação é ainda mais duvidosa. A respeito, vale referir a conclusão de Tourinho Filho ("Processo penal", p. 17): "A rigor, pois, não se pode negar que as próprias condições da ação, no fundo, são também pressupostos processuais".
- ⁴⁹ "O conceito...", pp. 34-35.
- ⁵⁰ Entendido como objeto litigioso do processo, embora o autor - conforme já referido - prefira a designação "objeto do processo" ("O conceito ...", p. 24).
- ⁵¹ "Manual de Direito Processual Civil", v. 1: "O objeto litigioso ou lide é conceito coincidente com a idéia de mérito, tal como delineado pelo autor e sobre ele é que recairá a imutabilidade da coisa julgada" - p. 271.
- ⁵² "Direito Processual Civil - Teoria geral do processo", v. II, p. 149.
- ⁵³ Ob. cit., pp. 44-45. No mesmo sentido, Watanabe, ob. cit., pp. 78-79.

Bibliografia

- Araújo Cintra, Antônio Carlos, Grinover, Ada Pellegrini e Dinamarco, Cândido R. *Teoria geral do processo*, 4. ed. amp. e atualizada. São Paulo: RT, 1984.
- Arruda Alvim, *Manual de Direito Processual Civil*, 2v., 3.ed. refundida. São Paulo: RT, 1986.
- *Direito Processual Civil - Teoria geral do processo*, v. II, São Paulo: RT, 1972.
- *Dogmática jurídica e o novo Código de Processo Civil* in Revista de Processo, v. 1, pp. 85-133.
- Assis, Araken de. "Cumulação de ações". São Paulo, RT, 1989.
- *Sobre o método em processo civil* in Ajuris, v. 39, pp. 153-172.

- *Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada* in Ajuris, v. pp. 25-44.
- Baethgen, Walter Eduardo. *As condições da ação e o novo Código de Processo Civil* in Revista Forense, v. 251, pp. 16-26.
- Baptista da Silva, Ovídio A. *Curso de processo civil*, v.I. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.
- *A demanda* in Baptista da Silva, Ovídio A. et alii. "Teoria geral do processo civil". Porto Alegre: Lejur, 1983.
- *Direito subjetivo, pretensão de direito material e ação* in Ajuris, v. 29, pp. 99-126.
- Barbosa Moreira, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- *A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro* in Barbosa Moreira, José Carlos, "Temas de Direito Processual". São Paulo: Saraiva, 1977.
- *Sobre pressupostos processuais* in Revista Forense, v. 288, pp. 1-5.
- *Ação rescisória: o objeto do pedido de rescisão* in Revista Forense v. 287, pp. 13-16.
- Baur, Fritz. *Da importância da dicção iuria novit curia* in Revista de Processo, v. 3, pp. 169-177.
- Botelho de Mesquita, José Ignácio. *A causa petendi nas ações reivindicatórias* in Ajuris, v. 20, pp. 166-180.
- Bulow, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, trad. arg. de M. A. Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ejea, 1964.
- Chiofenda, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3v., trad. bras. de J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1965.
- Cresci Sobrinho, Elício de. *Objeto litigioso - de Lent a Habscheid e Jauerning* in Revista Brasileira de Direito Processual, v. 19, pp. 55-62.
- Dinamarco, Cândido Rangel. *Os institutos fundamentais do direito processual* in Revista Forense, v.288, pp. 53-73.
- *O conceito de mérito em processo civil* in Revista de Processo, v. 34, pp. 20-46.
- Fabrício, Adroaldo Furtado. *Extinção do processo e mérito da causa* in Revista de Processo, v. 58, pp. 7-32.
- Habscheid, Walter J. *L'oggetto del processo nel Diritto Processuale Civile Tedesco* in Rivista di Diritto Processuale, v. 35, pp. 454-464.
- Jesus, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal anotado*, 5. ed. 4. tir. São Paulo: Saraiva, 1987.
- Lent, Friederich. *Diritto Processuale Civile Tedesco*, trad. it. de E. F. Ricci. Napoli: Morano, 1962.
- Marques, Luiz Guilherme. *A causa petendi no processo civil* in Revista Brasileira de Direito Processual, v. 53, pp. 125-130.
- Moniz de Aragão, Egas Dirceu. *Conexão e triplíce identidade* in Revista de Processo, v. 29, pp. 50-56.

- Moreira Alves, José Carlos. *Direito subjetivo, pretensão e ação* in Revista de Processo, v. 47, pp. 109-123.
- Negrão, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 21.ed., São Paulo: RT, 1991.
- Neves, Celso. *Binômio, trinômio ou quadrinômio?* in Revista dos Tribunais, v. 517, pp. 11-16.
- Pekelis, Alessandro. *Azione (teoria moderna)* in nuovissimo Digesto Italiano, v.II, pp. 29-47. Torino, Utet, 1968.
- Sanches, Sydney. *Objeto do processo e objeto litigioso do processo* in Revista de Processo, v. 13, pp. 31-47.
- Satta, Salvatore. *Domanda giudiziale* in Enciclopedia del Diritto, v. XIII, pp. 816-826. s.1., Giuffrè, 1960.

- Schwab, Karl Heinz. *El objeto litigioso en el proceso civil*, trad. arg. de T. A. Banzhaf. Buenos Aires: Ejea, 1968.
- *Introdução ao Direito Processual Civil Alemão* in Revista de Processo, v. 3, pp. 55-61.
- Theodoro Jr., Humberto. *Processo de conhecimento*, 3.ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- *Processo de execução*, 11.ed. atualizada. São Paulo: Leud, 1986.
- Tourinho Filho, *Processo Penal*, v. I, 9.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- Watanabe, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: RT, 1987.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor e o MERCOSUL

Trabalho apresentado no seminário "MERCOSUL: Livre Circulação de mercadorias e proteção do consumidor", dezembro de 1993, Faculdade de Direito UFRGS.

Cláudia Lima Marques

Professora da UFRGS, Mestre em Direito pela Univ. de Tübingen

Especialista em Integração Européia pelo Europa-Institut, Saarbruecken, Alemanha

SUMÁRIO

Introdução; I. O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor como lei protetora dos consumidores do MERCOSUL; A) Natureza da lei protetora; 1. Origem constitucional do CDC; 2. CDC como norma de ordem pública; 3. Norma de interesse social; B) Conteúdo da nova lei protetora; II. O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor como Lei Limitadora ao Livre Comércio no MERCOSUL; A) O CDC como barreira não-tarifária; B) O CDC como matéria a harmonizar; Conclusão.

Abstract

Das thema dieses Artikels ist das neue brasilianische Verbraucherschutzgesetz (CDC) aus der Sicht des MERCOSUL, des gemeinsamen Marktes zwischen Argentinien, Brasilien, Uruguay und Paraguay.

Der erste Teil analysiert den CDC als Schutzgesetz in Brasilien, seine Natur, seine verfassungsgebotene Hierarchie und sein Anwendungsbereich, wobei auf den noch schwach ausgebauten Verbraucherschutz in den anderen Mercosul-Ländern hingewiesen wird.

Im zweiten Teil wird der CDC als eventuelles Hindernis für den freien Handelsverkehr analysiert, der eine Massnahme gleicher Wirkung wie Zölle sein kann, und der somit ein Thema für die Rechtsharmonisierung darstellt, wobei die aktuellen Linien der EG (Minimale Richtlinien, Subsidiaritätsprinzip und das Verschlechterungsverbot) beachtet werden sollten.

Introdução

O lema do grande jurista holandês Tobias Asser, fundador há cem anos da Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, dedicada à unificação e à harmo-

nização dos direitos nacionais, impressiona pela simplicidade e sabedoria: "com paciência e com coragem".

Após dois anos de estudos na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na sua linha de pesquisa: "MERCOSUL: Realidade Jurídica?", as palavras de Asser permanecem atuais. Se de um lado o MERCOSUL mostrou-se um fenômeno político dinâmico e um fenômeno econômico real e complexo, no campo do direito esta integração sub-regional continua incipiente: sem base jurídica definitiva¹, sem instrumentos suficientes para a harmonização das legislações², sem uma instituição dedicada à interpretação e à aplicação das novas regras³, sem assegurar ao indivíduo o efetivo direito de reclamação e recurso frente à ação ou omissão de seu Estado ou de terceiros⁴, sem criar enfim um organismo internacional independente, com competências reconhecidas, com força coercitiva, com personalidade jurídica internacional⁵.

Considerando que este processo de integração econômica envolve mais de 190 milhões de pessoas⁶ e tem sua data-limite mantida em 31 de dezembro de 1994⁷, mister que também o Direito, como ciência, cola-

bore e instrumentalize esta integração. Afinal, o MERCOSUL não poderá sobreviver e evoluir como um fenômeno meramente político e econômico, desacompanhado de uma base estrutural sólida, de normas de conduta confiáveis e seguras para os seus indivíduos e de instrumentos de manifestação efetivos e democráticos⁸. Nesse sentido, recorro às sábias palavras de Asser, de paciência com as dificuldades, mas também de coragem para repensar a realidade social existente e proponho como tema de estudo a proteção dos direitos humanos no âmbito do MERCOSUL, especificamente a proteção dos direitos fundamentais de 2ª geração, os direitos sociais e econômicos, entre os quais se encontra a proteção dos interesses do consumidor.

Em verdade, já o preâmbulo do Tratado de Assunção institui como finalidade básica desse processo de integração a melhoria das "condições de vida de seus habitantes". A proteção dos interesses do consumidor deve ser, portanto, uma das políticas básicas durante a formação do MERCOSUL. Na visão econômica, porém, uma lei protetora dos interesses dos consumidores pode vir a restringir (ou dificultar) a entrada e o consumo de mercadorias e serviços oriundos de outros países do mercado comum, que não possuam nível igual de preocupação com a qualidade, informação e segurança dos produtos. Em outras palavras, um conjunto de normas legais dedicadas à tutela dos consumidores de um determinado país pode funcionar como uma barreira, neste caso barreira não-tarifária, à liberdade de circulação de produtos e serviços naquela zona de livre comércio e futuro mercado comum.

São duas visões do mesmo fenômeno jurídico, uma que tende a manter este corpo de normas tutelares, como uma conquista social, e outra que tende a revogar ou modificar as normas consideradas prejudiciais à integração econômica. Qual destas visões prevalecerá no MERCOSUL é difícil prever no momento. Também a da Comunidade Européia teve de enfrentar a matéria e tornou-se uma das grandes legisladoras no tema da defesa do consumidor⁹. Se no iní-

cio, porém, sua tendência era de harmonizar as legislações nacionais, forçando a sua modificação para atingir somente o nível médio exigido para o bom funcionamento do mercado unificado, hoje sua ação legislativa é diferenciada¹⁰, tendente a exigir que os países sem legislação específica instituam-na, para atingir o requerido nível médio, mas a permitir que os outros Estados mantenham níveis mais altos de proteção de seus cidadãos¹¹.

Examinando a situação atual da legislação dos quatro países do MERCOSUL, observa-se que somente o Brasil possui um rígido Código de Proteção à segurança, à saúde e aos interesses econômicos dos consumidores, enquanto na Argentina acaba-se de aprovar a *Ley 24.240*, em 13 de outubro de 1993, tímida *Ley de Defensa del Consumidor*, que após inúmeros vetos regula apenas os aspectos contratuais da proteção do consumidor; já nos dois outros países vigoram os princípios voluntaristas tradicionais¹².

Sendo assim, mister que se examine mais profundamente a legislação brasileira, em especial o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), na ótica da futura integração, tanto como uma lei protetora de direitos fundamentais (Parte I deste trabalho), quanto como uma lei discriminatória e limitadora do comércio, e os esforços que estão sendo feitos para manter os direitos conquistados e para substituí-los por uma legislação unitária e média para os quatro países do MERCOSUL (Parte II deste estudo).

I. O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor como lei protetora dos consumidores no MERCOSUL

A Lei nº 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor (CDC), possui aplicação territorial limitada ao Estado brasileiro. Seu campo de aplicação *ratione personae* é, porém, amplo, assegurando novos direitos a pessoas físicas e jurídicas (os consumidores definidos nos artigos 2, 17 e 29), nacionais e estrangeiras, e impondo novos deveres aos fornecedores, pessoas físicas

e jurídicas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras (definidos em seu art. 3º).

Desta maneira, introduzindo no mercado brasileiro um produto de origem argentina, paraguaia ou uruguaia, submete-se o fabricante, produtor e mesmo o importador ao novo regime de responsabilidade previsto no CDC para os danos oriundos de defeito do produto ou para os seus vícios de qualidade, quantidade e informação. Da mesma maneira, se uma empresa estrangeira prestar serviços no mercado brasileiro, os contratos fechados entre este fornecedor de serviços e os consumidores do mercado brasileiro submetem-se aos novos patamares de equilíbrio e boa-fé exigidos pelo CDC. Trata-se, portanto, de uma lei básica para o mercado brasileiro, isto sem falar nas suas inovações processuais e novas regras administrativas e penais introduzidas. Muitos dos riscos antes transferidos contratualmente ao consumidor (e, anteriormente, ao comerciante final) não mais podem ser transferidos por uma imposição *ex lege*. Mister, portanto, que se analise com mais vagar a natureza e o conteúdo desta lei, em especial os direitos fundamentais que assegura ao consumidor no mercado brasileiro.

A) Natureza da lei protetora

Analisando o CDC sob a ótica de lei protetora de um grupo social específico, os consumidores no mercado brasileiro, podemos destacar três qualidades especiais: sua origem constitucional, sua definição como norma de "ordem pública" e sua caracterização como norma de "interesse social".

1. Origem Constitucional do CDC

A Constituição Federal de 1988 em dois momentos menciona a defesa do consumidor, em seu art. 5º, inciso XXXII, como direito fundamental, e no art. 170, inciso V, como princípio orientador da ordem econômica no Brasil¹³.

A origem constitucional da defesa do consumidor, tanto como direito fundamental, quanto princípio macroeconômico, deve ser destacada, uma vez que a tradição

jurídica brasileira é de primazia da ordem constitucional em relação aos Tratados internacionais¹⁴. Nesse sentido, no Brasil, um ato internacional, mesmo que oriundo de um organismo supranacional, pode ser considerado inconstitucional e ter a sua não-obrigatoriedade no país declarada pelo Poder Judiciário, em controle abstrato (art. 102, I, letra *a*, da CF) ou em controle concreto de sua inconstitucionalidade (art. 102, II, *b*, art. 105, III *b*, art. 109, III, todos da Constituição Federal)¹⁵.

A primazia do texto da Constituição frente aos atos internacionais considerados inconstitucionais pelo Judiciário brasileiro não será superada, nem com base no disposto no parágrafo único do art. 4º da Constituição Federal, que institui a integração latino-americana como um dos princípios das relações exteriores da República, nem - como defendem alguns -¹⁶ pelo disposto no § 2º do art. 5º da Lei Magna.

Em verdade, o referido § 2º finaliza a lista de direitos fundamentais do art. 5º, afirmando que: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte." Nesse sentido, antes de quebrar o sistema dualista tradicional brasileiro com uma interpretação extensiva da norma, é necessário observar que entre as normas oriundas do direito internacional há aquelas que positivam "valores" e "direitos", como as que dispõem sobre direitos humanos e garantias fundamentais, e há aquelas que tratam de interesses econômicos internacionais, como os tratados sobre a dívida externa, sobre o direito do mar, direito aeronáutico e, em princípio, os tratados de integração econômica e seus atos derivados¹⁷.

Nesse sentido, a razão parece estar com o Ministro Rezek, quando afirma que a Constituição de 1988 não prestou maiores homenagens ao Direito Internacional Público, a não ser àquelas que ele realmente merece, isto porque as regras do cenário internacional não estão totalmente fixadas e

dependem ainda fortemente do poder econômico e da importância política de cada país. Não é, portanto, a origem internacional da norma, principalmente das normas que limitam direitos já conquistados, característica suficiente para determinar a sua justiça, como se um *direito natural* fosse, ou a sua adaptação - sem controles - ao sistema jurídico brasileiro¹⁹.

Mister, portanto, que se analise seriamente no Brasil, se concretizada e aceita a integração no MERCOSUL, da futura necessidade de uma modificação constitucional, a exemplo do que ocorreu na maioria dos países europeus. Estes, quando passaram a integrar a Comunidade Econômica Européia, introduziram em suas Constituições normas permitindo a eficácia imediata (e, neste sentido, monista) das leis obrigatórias formuladas pela Comunidade e normas prevendo a primazia, não de todas as regras de direito internacional público, mas sim do direito "comunitário", oriundo da atividade legisladora daquela instituição supranacional, legitimada para tal²⁰.

Note-se que, mesmo nos países da Comunidade Européia, os Tribunais Constitucionais continuam a submeter o direito comunitário ao crivo de suas Constituições, em especial no que se refere à violação dos direitos fundamentais assegurados a seus cidadãos²¹. Mesmo hoje, mais de 30 anos após os Tratados instituidores das Comunidades Européias²², a proteção dos direitos fundamentais conquistados nas Constituições democráticas européias é considerada "campo de aplicação irredutível" do direito nacional²³.

Por todo o exposto, a origem constitucional do mandamento de proteção ao consumidor no Brasil concede ao Código, como lei protetora, uma inegável força. Em caso de conflito do hoje disposto no CDC com a legislação eventualmente oriunda do legislador do MERCOSUL, a origem constitucional da lei brasileira poderá garantir sua manutenção pelo Judiciário brasileiro. A defesa do consumidor não é somente princípio da ordem econômica brasileira,

mas é, especialmente, direito fundamental assegurado por nossa lei magna.

2. CDC como norma de ordem pública

Tendo em vista a origem constitucional do mandamento de defesa do consumidor²⁴, não deve surpreender o fato de o artigo 1º do CDC autodefinir suas normas, como normas de ordem pública. As normas de ordem pública são aquelas que positivam valores básicos de uma sociedade e, portanto, indisponíveis à vontade das partes.

A Constituição representa atualmente não só a norma máxima, mas o centro do próprio sistema do direito brasileiro²⁵. Sendo assim, lógico que a Constituição sirva ao mesmo tempo como guardião de seus princípios, como observamos no ponto antes analisado, e como centro irradiador das novas linhas mestras do ordenamento jurídico de um país. Essas linhas mestras propostas pela Constituição traduzem os princípios de ordem pública de um país, a influenciar a atuação do Legislativo, do Executivo e principalmente do poder Judiciário daquele país.

Face a esta nova força normativa da Constituição²⁶, o direito privado passa a sofrer uma influência direta da nova ordem pública, no caso ordem pública econômica, por ela imposta; muitas das relações particulares, antes deixadas ao arbítrio da vontade das partes, obtêm relevância jurídica nova e conseqüente controle estatal rígido. As relações de consumo no mercado brasileiro e seu novo controle estatal através dos direitos e deveres positivados no Código de Defesa do Consumidor são exemplos claros deste fenômeno de "publicização do direito privado"²⁷.

O caráter de norma de ordem pública de todas as regras do Código de Defesa do Consumidor representa um importante limite à autonomia privada, tanto em sua face econômica - a liberdade de iniciativa no mercado brasileiro (art. 170, V, da Constituição)²⁸ -, como em sua face jurídica - a liberdade de contratar e a liberdade contratual de estabelecer o conteúdo destas relações,

que envolvem fornecedores de produtos e serviços e consumidores no mercado brasileiro.

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 definido usado pelo juiz.²⁹

3. Norma de interesse social

Seguindo essa linha constitucional de nova função social do direito privado, esclarece o artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor que suas normas são "de interesse social".

Considerada supérflua para alguns, esta expressão ajuda a determinar a natureza das normas do CDC, as quais dispõem sobre matérias tão diferentes como direito civil, comercial, econômico, administrativo, processo civil e direito penal. Une-as a idéia básica de proteção de um grupo social determinado, os consumidores, assim definidos pela lei, considerados, em princípio, como vulneráveis na sociedade de massas³⁰.

Aqui também, especialmente nas matérias de direito civil tratadas pela nova lei, a definição da presença do interesse social ajuda a atuação do aplicador da lei, no sentido de garantir eficácia às novas normas. Para estabelecer novos limites a princípios tradicionais como os da liberdade contratual e a liberdade de iniciativa dos fornecedores, a nova lei precisa declarar a sua própria natureza de interesse social. Assume, assim seu caráter de lei intervencionista, típica do Estado social, criada com a

difícil tarefa de mudar uma realidade social, de estabelecer novos parâmetros de equilíbrio e respeito na sociedade brasileira.

A expressão "interesse social" possui também uma outra finalidade específica no sistema do direito brasileiro e que merece ser mencionada. Trata-se de uma antiga polêmica brasileira sobre a legitimação para a defesa dos interesses difusos.

A proteção jurídica destes interesses de massa ou interesses transindividuais³¹, em um país com tantas desigualdades econômicas e com níveis de formação tão diferenciados em sua população, só se tornaria uma realidade com a modificação da regra sobre o acesso à justiça e o fim da passividade social frente aos abusos do poder econômico. Nesse sentido, a legitimação para agir na defesa dos interesses foi concedida não só para associações da sociedade civil organizada, mas também para órgãos estatais específicos (art. 82 do CDC).

Dentre os órgãos estatais, destaca-se a participação do Ministério Público, fiscal da lei e novo *Ombudsman* do Mercado de Consumo brasileiro. Nesse sentido, a menção no artigo 1º do CDC da expressão "interesse social", pode facilitar a atuação do Ministério Público, pois o art. 127 da Constituição Federal de 1988 autoriza a sua atuação ampla (administrativa e judicial) para: "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

Faça a estas observações, podemos concluir que se a expressão utilizada no artigo 1º do CDC não tem a força e a tradição da idéia de ordem pública, a decisão do legislador foi sábia, pois, preservando o caráter público ou privado da norma de conduta, definiu de maneira geral e indiscutível o interesse social que as acompanha, hierarquizando-as.

B) Conteúdo da nova lei protetora

Verificada a natureza da nova lei, sua importância hierárquica e fática no sistema do ordenamento jurídico brasileiro, cabe agora examinar o conteúdo desse novo Có-

digo. Muito já foi escrito sobre o aporte do CDC ao direito brasileiro, especialmente ao direito das obrigações e ao direito processual civil³², motivo pelo qual gostaríamos aqui de mencionar apenas seus aspectos básicos e de maior repercussão para uma futura integração.

Mister que se inicie analisando o artigo 4º do CDC, regra-chave na interpretação e no entendimento da nova lei. No art. 4º do CDC, positivou o legislador os objetivos que animam a nova lei, esclarecendo assim a *ratio* das normas do próprio CDC. Ao regular a "política nacional de relações de consumo", determinou a própria interpretação teleológica de suas normas. O art. 4º é, portanto, uma norma que indica o resultado a ser alcançado pela política de proteção ao consumidor, política que inclui e se materializa nas regras do CDC. Trata-se assim de uma verdadeira "norma-objetivo", na classificação do mestre de São Paulo.³³

No art. 4º do CDC, podemos observar que a atuação do Estado brasileiro nesta matéria objetiva "o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo".

São esses os objetivos que autorizam uma atuação estatal controladora, especificada nos cento e poucos artigos do CDC. Esta atuação é conduzida tendo por base guiada por alguns princípios também especificados no art. 4º do CDC, quais sejam: o princípio da vulnerabilidade do consumidor (art. 4, I)³⁴, o da obrigação da ação governamental para a proteção do consumidor (art. 4, II)³⁵, o princípio da boa-fé e equilíbrio nas relações entre fornecedor e consumidor (art. 4, III)³⁶, o da facilitação do acesso à justiça (art. 4, V)³⁷ e o da repressão aos abusos e à concorrência desleal³⁸ no mercado (art. 4, VI)³⁹.

Por sua vez, o CDC garante novos direitos básicos ao consumidor, oriundos de seu direito fundamental de proteção, assegurado pela Constituição (art. 5º, inciso XXXII). A meto-

dologia escolhida pelo CDC foi a de assegurar direitos a um grupo de indivíduos, os consumidores, em seus artigos 6º e 7º, e impor em todo o corpo do texto deveres a um outro grupo social específico, os fornecedores de produtos e serviços, e ao próprio Estado e seus órgãos de atuação. Nesse sentido, analisar os direitos assegurados ao consumidor é analisar o espírito do texto do CDC, pois os artigos que seguem a declaração de direitos dos arts. 6º e 7º nada mais fazem do que positivar linhas de conduta no mercado, as quais visam justamente a efetivar e assegurar o cumprimento destes novos direitos.

Os direitos assegurados ao consumidor pelo art. 6º do CDC são: a) proteção à vida e à segurança, instituindo assim uma proteção contra os riscos da sociedade de consumo, especialmente no que se refere aos danos causados por produtos e serviços defeituosos e regras especiais sobre o fornecimento de produtos perigosos (art. 6º, I); b) proteção da liberdade de escolha e da igualdade nas contratações, tanto através do direito à educação, quanto do novo direito à informação, como da proteção contra publicidade enganosa ou abusiva, contra práticas comerciais abusivas (art. 6º, II, III e IV); c) proteção do equilíbrio das relações contratuais de consumo, através do controle e proibição de cláusulas abusivas e da nova possibilidade de modificação judicial de algumas cláusulas (art. 6º, IV e V); d) direito à efetiva reparação e à prevenção dos danos patrimoniais e morais, assim como danos individuais, coletivos e difusos; e) proteção administrativa e processual eficaz, através da facilitação do acesso à justiça e da realização da prova em questões de consumo, inclusive com a possibilidade de inversão do ônus da prova pelo juiz, assim como a prevenção ou a reparação dos danos pela atuação conciliatória administrativa e pela prestação adequada e eficaz dos serviços públicos (art. 6º, VII e VIII).

Interessante observar ainda que o art. 7º do CDC é um fator de abertura do sistema brasileiro positivado de proteção ao consumidor, pois afirma que: "Os direitos previs-

tos neste Código *não excluem outros decorrentes de tratados* ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade." (grifo nosso).

Sendo assim, os direitos assegurados pelo Tratado de Assunção e outros tratados e atos internacionais elaborados com vistas à integração do MERCOSUL, se direitos garantidos ao consumidor, passarão - *ex lege* - a integrar o sistema do CDC de proteção ao consumidor, como por exemplo a gratuidade prevista no Protocolo de Las Leñas de Cooperação e Assistência Jurisdicional, assinado pelos quatro países em 27 de junho de 1992.⁴⁰ Parece-nos, face ao objetivo comum em ambos os textos legais, qual seja o da melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, possível que o MERCOSUL, seguindo o modelo deixado pela Comunidade Econômica Européia, torne-se um grande legislador para a proteção dos interesses do consumidor; reconhecendo, assim, que os atores da integração não são somente os Estados e os empresários que importam e exportam, mas os consumidores que aceitam e consomem estes produtos em todos os quatro mercados nacionais integrados.

A compatibilização da lei brasileira com os objetivos do MERCOSUL seria, pois, a solução ideal, onde a lei brasileira assumiria seu papel de norma fundamental tuteladora dos interesses sociais e econômicos dos cidadãos no MERCOSUL, e o nível de proteção já atingido seria mantido e estendido aos outros mercados e indivíduos. Será esta, porém, a visão que prevalecerá?

II. O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor como lei limitadora ao livre comércio no MERCOSUL

Como observamos anteriormente, a legislação brasileira de proteção ao consumidor pode ser vista também como uma barreira à livre circulação de mercadorias e

serviços entre os quatro países do MERCOSUL, liberdade esta básica para o sucesso do processo de integração. Para que se possa concluir pela caracterização do CDC como lei discriminatória e limitadora do comércio não basta apenas um exame fático, é necessário que se realize um exame da nova lei frente ao "quadro" jurídico-econômico da integração proposta; do permitido e do proibido neste processo, das regras estabelecidas e impostas pelos Estados durante a criação e efetivação deste processo de integração de mercados e sociedades. Nesse sentido, cabe analisar a verdadeira caracterização da lei frente ao ideal integracionista proposto e os esforços atuais, seja para manter os direitos conquistados, seja para substituí-los por uma legislação harmonizada e média para os quatro países do MERCOSUL.

A) O CDC como barreira não-tarifária

Visando a estabelecer a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos (art. 1º do Tratado), o MERCOSUL deve necessariamente preocupar-se com a eliminação das barreiras ao livre comércio entre os seus países. Não se trata apenas de barreiras físicas (fronteiras), mas de barreiras jurídicas, entre as quais destacam-se os tributos ou direitos alfandegários, que possuem como função, por excelência, impedir ou dificultar a entrada de produtos estrangeiros no mercado nacional, protegendo assim o produtor e a indústria local.

A eliminação dos direitos alfandegários ("a tarifa 0%") entre os quatro países é um dos objetivos que o MERCOSUL pretende atingir até 31 de dezembro de 1994 (artigo 3º do Programa de Liberação Comercial, Anexo I do Tratado de Assunção, enquanto o art. 7º prevê prazos especiais para Paraguai e Uruguai). O art. 1º do Tratado de Assunção menciona, igualmente, como objetivo, a eliminação das "restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias de qualquer outra medida de efeito equivalente".⁴¹

Ora, a ampla legislação brasileira de proteção do consumidor caracteriza, faticamente, um *novum*, uma diferença marcante no

mercado brasileiro em relação aos mercados que não possuem normas impondo tais níveis de qualidade, segurança e informação em relação aos produtos e serviços; mercados que não conhecem o novo equilíbrio obrigatório das relações contratuais de consumo, ou a facilidade no acesso à justiça, ou que desconhecem tal grau de responsabilização administrativa e penal pelas atividades abusivas dos fornecedores no mercado. A legislação brasileira representa, assim, faticamente, um fator de ponderação especial no caso da colocação de produtos e serviços estrangeiros no mercado brasileiro, pois estes, obrigatoriamente, terão de adaptar-se às exigências legais.

A *idéia base da integração econômica* é, porém, a de possibilitar a colocação do produto ou serviço estrangeiro (a entrada do capital ou do trabalhador estrangeiro...) *nas mesmas condições*, no mesmo patamar concedido ao produto ou serviço nacional. É a *idéia mestra* do tratamento igualitário, da não-discriminação, da concorrência total e leal no novo mercado integrado⁴².

Não é *idéia integracionista* ou seu objetivo privilegiar o produto ou produtor estrangeiro frente aos "pares" nacionais, por exemplo, permitindo que coloque no mercado produtos sem a segurança, a informação em língua portuguesa e a qualidade mínima exigida para os "pares" nacionais (arts. 8º, 9º, 10º, 18, 20, 30, 31 do CDC), que utilize métodos de vendas proibidos para os "pares" nacionais (como a venda casada e a publicidade enganosa, por exemplo, proibidas nos arts. 39, I, e 37 do CDC), que transfira todos os riscos do negócio para o consumidor, através de cláusulas contratuais unilaterais e abusivas, quando recorrer a tais cláusulas seria impossível para o fornecedor nacional (como as cláusulas abusivas consideradas nulas nas relações de consumo pelos arts. 51, 53, ou a responsabilidade indisponível pelo vício do produto e serviço dos arts. 18ss, 24 e 25 do CDC).

Faticamente, portanto, o fornecedor argentino, uruguaio ou paraguaio que desejar colocar seus produtos no Brasil (e o impor-

tador responsável) terão de adaptar-se às regras do mercado brasileiro quanto à proteção do consumidor e o respeito para com este. Estabelecerão, porém, estas regras, verdadeiramente, uma "barreira" à entrada destes produtos no mercado brasileiro, à liberdade de circulação de mercadorias no MERCOSUL?

Se definimos "barreira ou restrição" toda dificuldade ou *standard* imposto por um país, a resposta será necessariamente afirmativa, pois o CDC impõe efetivamente um novo patamar de conduta para os produtores de outros países não acostumados a estes níveis de qualidade ou segurança. Se definimos "barreira" àquele tratamento, fático ou jurídico, *diferenciado* para o estrangeiro, então o CDC não seria considerado como tal, pois, na verdade, trata-se de um novo patamar de boa-fé nas relações de consumo imposto a todos, nacionais e estrangeiros no mercado.

Se definimos "barreira" à circulação de mercadorias, ao aumento de custos para o produtor, ao esforço de adaptar-se às exigências e a responsabilidades que não conhece de seu país de origem, então o CDC pode ser caracterizado como uma, pois acarretará, na prática, um aumento dos custos (seguros, contratos assegurando assistência técnica no Brasil, vendas de peças, novos deveres para o importador, etc.); tudo, é claro, se comparado em relação à colocação do produto no mercado original, que desconhece estas normas protetoras. Se definimos "barreira" como aquela que *impede* faticamente a entrada de um produto ou serviço, então o CDC não seria considerado como tal, pois não especifica quem pode prestar serviços no mercado brasileiro, ou quais os produtos que podem ser comercializados, somente impõe responsabilidades e deveres de informação e de indenizar, caso estes produtos ou serviços não atinjam a qualidade (por vício ou por defeito) exigida, ou sejam comercializados através de práticas comerciais abusivas e proibidas no mercado.

Face a estas diversas definições possíveis, o Tratado de Assunção optou por definir o

que considera por "barreiras" proibidas, dispendo em seu art. 2º, Anexo I - Programa de Liberação Comercial, que se entenderá por "restrições" do art. 1º, "qualquer medida de caráter administrativo, financeiro, cambial ou de qualquer outra natureza, mediante a qual um Estado *impeça* ou *dificulte*, por decisão unilateral, o comércio recíproco."

Como observamos anteriormente, as regras do CDC sobre a responsabilidade do fornecedor pela falta ou falha na qualidade e segurança do produto ou serviço não "impedem" o comércio recíproco, da mesma forma que as exigências de informação, e de respeito às legítimas expectativas do consumidor, quanto ao conteúdo do contrato e seu cumprimento, também não "impedem" a entrada de produtos importados, assim como as exigências de informação, em língua portuguesa, sobre os riscos e os componentes do produto não passam de novos desafios para a organização do profissional, que passa a atuar no mercado brasileiro.

De outro lado, alguns consideram que as normas protetoras dos consumidores presentes no CDC "dificultam" o comércio recíproco. São os defensores da aplicação exclusiva da regra do Estado de Origem. Se para o Estado de Origem o produto possui a qualidade e a segurança exigida, isto bastaria, não se podendo aplicar a ele regra do país de comercialização, ou se estaria "dificultando" seu acesso ao novo mercado. Note-se que se a regra da "origem" é uma regra mais pragmática, do que eficiente e não encontra aplicação no que se refere às regras sobre responsabilidade (contratual e extracontratual), regras que representam a quase totalidade das normas privatistas do CDC. Em caso de dano, aplica o sistema jurídico brasileiro a lei do lugar onde ocorreu o delito, e não a do país de origem do produto ou do fornecedor (art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil).

As regras do CDC, como exigem do fornecedor uma adaptação aos novos *standards* e impõem novos deveres indisponíveis, no que se refere à informação, qualidade e segurança, representam, assim, uma "dificuldade-fática" extra para o fornecedor estran-

geiro do MERCOSUL, logo devemos examinar com mais atenção a hipótese de serem consideradas como "restrições" (=dificuldades), definidas no art. 2º, *b*, do Anexo I. Neste caso, é necessário ter em vista o que dispõe a frase final do referido art. 2º, letra *b*. Segundo esta, "não estão compreendidas no mencionado conceito (de restrições) as medidas adotadas em virtude das situações previstas no art. 50 do Tratado de Montevideo de 1980".

O referido art. 50 do Tratado de Montevideo, que instituiu a ALADI, dispõe:

"Nenhuma disposição do presente Tratado será interpretada como impedimento à adoção e ao cumprimento de medidas destinadas à:

- a) proteção da moral pública;
- b) aplicação de leis e regulamentos de segurança;
- c) ...
- d) proteção da vida e da saúde das pessoas, dos animais e dos vegetais;
- e) ...
- f) proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; ...⁴³ⁿ

Logo, examinando-se o art. 2º do Anexo I do Tratado de Assunção em conjunto com o disposto no art. 50 do Tratado da ALADI, conclui-se que as "restrições ao comércio recíproco" (=dificuldades), as quais se destinarem à "proteção da vida e da saúde das pessoas", não serão consideradas como "barreiras não-tarifárias", estando, portanto, permitidas no MERCOSUL.

Tratando-se de regras que regulam a responsabilidade dos agentes econômicos nas suas relações com os consumidores, muitas das regras do CDC referem-se, indiretamente, à proteção da vida e da segurança do consumidor (veja ponto I, B). O próprio art. 4º do CDC menciona o respeito à dignidade, saúde e segurança do consumidor como seus objetivos básicos. O CDC, porém, regula também a proteção dos interesses econômicos do consumidor e impõe uma nova transparência e harmonia no mercado, conforme a boa-fé. Seriam todas as normas referentes a estas matérias consideradas "restritivas" e contrárias à integração?

Certos estavam os países da Comunidade Econômica Europeia que a instituíram através de um Tratado-Quadro direto e regulamentador, o qual, além de bem definir as regras do novo mercado integrado, já esclarecia a competência de cada um dos seus órgãos e criava, dentre todos, um Tribunal Judicial, independente e especializado, com o monopólio na interpretação dos Tratados e das regras necessárias à integração.

Assim, prevêem os artigos 30 e seguintes do Tratado de Roma a eliminação das *restrições quantitativas* à importação, bem como de todas as medidas de efeito equivalente. O seu art. 36, porém, excepciona as "proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito, justificadas por razões de moralidade pública, *ordem pública* e segurança pública; de *proteção da saúde e da vida* das pessoas... Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir, nem um meio de *discriminação*, nem restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-membros."

Frente a esta norma, o Tribunal de Justiça da Comunidade pôde estabelecer e desenvolver o princípio da não-discriminação, do tratamento igualitário de produtos, no famoso caso, *Cassis de Dijon*⁴⁴, ao mesmo tempo que pôde considerar como não-violador do tratado as famosas normas alemãs sobre a proibição de cláusulas abusivas da Lei de 1976, ou a *law* inglesa sobre responsabilidade objetiva pelo defeito do produto. Não havendo discriminação, não há violação a ser declarada pelo Tribunal, mas havendo diferenças e dificuldades criadas por regras legais, que possam influenciar as condições igualitárias de concorrência, há competência para a Comissão da Comunidade atuar⁴⁵. A Comissão, que também é órgão autônomo, formado por servidores de carreira em números proporcionais aos países e às nacionalidades integrantes da Comunidade, atua legislando⁴⁶ ou sugerindo leis-modelos (Diretivas) de forma a harmonizar as legislações, na medida necessária e sempre com a finalidade do bom funcionamento do mercado comum⁴⁷.

Estas duas opções trazidas pela experiência europeia podem ser muito úteis para a

solução no MERCOSUL da desigualdade legislativa criada pela ampla legislação brasileira de defesa do consumidor, especialmente pelo CDC. Em primeiro lugar, a sábia conclusão do órgão competente para interpretar o direito comunitário, que tais normas tutelares não constituem verdadeira restrição ou medida de efeito equivalente; em segundo lugar, a conclusão do órgão executivo, que as diferenças legislativas podem causar alguma dificuldade ao comércio dentro do mercado e, conseqüentemente, diferenças no tratamento entre cidadãos e empresas nos vários mercados nacionais, devendo este órgão executivo preocupar-se com a aproximação das legislações: a harmonização.

B) O CDC como matéria a harmonizar

Uma vez que no MERCOSUL, até o momento, não possuímos um órgão verdadeiramente judicial no sentido da competência, da independência e isenção⁴⁸, a exemplo do Tribunal de Justiça das Comunidades, caberá ao Judiciário nacional interpretar as normas do CDC e o seu eventual conflito com o disposto no Tratado de Assunção, caracterizando-o ou não como "medida restritiva". A tendência, neste caso, será provavelmente acompanhar o exemplo europeu e de compatibilizar a aplicação das normas, não considerando o CDC brasileiro como uma "restrição" ao comércio, tendo em vista os objetivos que unem ambos os sistemas; optando o juiz brasileiro pela manutenção do texto protetivo nacional.

Quanto às possibilidades de harmonização das legislações nacionais, inicialmente é necessário observar que o processo de integração do MERCOSUL, tem-se caracterizado, até o momento, por uma certa falta de transparência nos trabalhos dos Subgrupos e do próprio órgão executor, o Grupo Mercado Comum⁴⁹. Resta, mesmo assim, a perspectiva este órgão executor estar tentando esforços no sentido de oportunizar a harmonização da matéria de defesa do consumidor.

Sabe-se que o Subgrupo nº 10, de Coordenação de Políticas Macro-econômicas, tem trabalhado no assunto e que em abril de 1993 instituiu uma "Comissão de Estudos de Direito do Consumidor". Da mesma forma, preocupa-se o Ministério da Justiça do Brasil com a possibilidade de uma futura atuação legislativa do Conselho do MERCOSUL e tem repetido sua posição básica de não ceder quanto ao patamar de proteção já alcançado pelo CDC na defesa dos direitos dos consumidores. Estaria optando, ao contrário, por estimular os outros três Estados para que também legissem sobre a matéria. Esta solução, proposta pelo Ministério da Justiça brasileiro, permitiria a manutenção da lei nacional, como lei protetora de direitos fundamentais, ao mesmo tempo em que prepararia os produtos do MERCOSUL para a competição em mercados dos países desenvolvidos, os quais também possuem rígidas legislações protetoras na matéria.

Considerando, porém, a falta de informações precisas sobre o avanço na matéria, cabe traçar, ainda que brevemente, um painel sobre o processo de harmonização legislativo. Trata-se de um método de aproximação das legislações menos intenso que a unificação⁵⁰; unificação significaria a adoção do mesmo conteúdo normativo, objetivando, ao contrário, apenas a coordenação das diferenças existentes nos ordenamentos jurídicos nacionais. A harmonização se faz unificando somente algumas regras básicas e propondo normas acessórias para aqueles Estados cuja legislação é mais tímida. Assim, o Estado que já possui legislação na matéria somente a adapta ao espírito das normas básicas propostas e, se impossível a adaptação, modifica o texto das normas. O Estado que não possui legislação ou legislação em sentido contrário, legisla seguindo as linhas e muitas vezes as próprias palavras das normas básicas e secundárias propostas.

Na Comunidade Européia a harmonização é feita através de leis-modelo denominadas Diretivas (art. 189 do Tratado de Roma), obrigatórias para os Estados quanto a sua finalidade harmonizadora, mas deixando-o livre quanto à forma, ao prazo e à

extensão de sua "transformação em direito interno" ou sua inserção no ordenamento interno. Atualmente, por ação criadora e interpretadora do Tribunal de Justiça das comunidades, as Diretivas têm o condão de ser obrigatórias, mesmo se não "transformadas" em lei interna; é a chamada incidência direta em caso de recusa do país de legislar segundo as linhas propostas pelas Diretivas⁵¹. No MERCOSUL, a harmonização tem sido feita por Tratados Internacionais tradicionais ou por legislações nacionais voluntariamente aproximadas, com base nas sugestões do Grupo Mercado Comum⁵², chamadas *Resoluções* ou das Decisões de Ministro. Não prevê o Tratado de Assunção nenhum mecanismo para a harmonização, nenhum instrumento para tal, somente a sua realização e, ainda assim, voluntária (art. 1º do Tratado de Assunção).

Tendo em vista a incipiência deste processo no MERCOSUL, cabe aprender com a experiência européia. Também a da Comunidade Européia tornou-se uma das grandes legisladoras no tema da defesa do consumidor, para superar os reflexos da diferença legislativa na concorrência entre fornecedores do seu mercado. Se, porém, inicialmente sua tendência era de harmonizar amplamente, forçando a modificação das legislações nacionais de forma a atingirem todas um novo nível médio, hoje, como afirmamos anteriormente, sua ação legislativa evoluiu⁵³, passando a exigir que os países sem legislação específica instituam-na, atingindo o nível médio, mas a permitir que os outros Estados mantenham níveis mais altos de proteção de seus cidadãos. São as chamadas "Diretivas mínimas", que, além de permitirem a manutenção da legislação mais protetiva em vigor, tendem a possuir um campo de aplicação pequeno, somente no estritamente necessário à formação do mercado comum⁵⁴.

Conclusão

A primeira conclusão da análise realizada é a falta de uma estrutura jurídica sólida para o processo de integração, denominado

MERCOSUL. O "Mercado Comum do Sul" vem evoluindo, nesta fase de transição, como um fenômeno econômico e político voluntário, criando dúvidas sobre o seu caráter definitivo, face a sua incipiente obrigatoriedade jurídica, dúvidas sobre a eficiência prática de suas medidas e decisões, por contar apenas com os instrumentos tradicionais do direito internacional público, essencialmente pragmático e voluntarista.

No Brasil, pouco se atentou para a insegurança e a falta de credibilidade criadas por este descompasso consciente entre os sérios e complexos objetivos que o MERCOSUL se propõe a alcançar, e o que, faticamente, cada Estado-membro está comprometendo-se a fazer (obrigações) e a sujeitar-se (efetiva transferência de competências).⁵⁵ Nesse sentido, é necessário lembrar que a passividade da sociedade, atingida por este processo político e econômico de integração, pode tornar o que agora é "provisório" em "definitivo" e teremos perdido a oportunidade de instituir um sério e confiável processo de integração.

Paciência, mas também coragem! Se, em uma América Latina sem tradição de colaboração a longo prazo entre Estados, diríamos que já foi muito o alcançado pelo MERCOSUL, devemos ter também a coragem de transformar este "muito" em um verdadeiro "Mercado Comum". Esta não deve ser uma expressão ilusória, vazia de conteúdo e obrigatoriedade. Se assim denominamos o processo de integração destes quatro países, devemos então realizá-lo, criando bases sólidas, estruturas definitivas, instituições autônomas e transparentes, contando com instrumentos eficazes e democráticos, com competências estabelecidas e obrigatoriedade real, e não só baseada em conveniência nacional passageira⁵⁶.

Um processo de integração (e não só colaboração) deve merecer a credibilidade do mercado, dos empresários (nos momentos de lucros, mas também nos de perda), dos consumidores, assim como dos aplicadores do direito (magistrados, advogados e membros do Ministério Público). Parece-nos que, na insegurança sobre o futuro da

integração, a prioridade deve ser a de "construir" a estrutura jurídico-política reclamada, de realizar e possibilitar faticamente a livre circulação de mercadorias e serviços no MERCOSUL, e não a de "destruir", de regredir nos avanços sociais e nas garantias já conquistadas.

A análise realizada evidenciou um real perigo de retrocesso jurídico, se, embuídos do espírito econômico liberal do MERCOSUL, os governos envolvidos priorizarem a função econômica do direito e não sua função social, esquecendo-se dos verdadeiros atores da integração, pessoas físicas e jurídicas, fornecedores e consumidores, e do objetivo máximo do processo de integração, que é a melhoria da qualidade de vida dos indivíduos neste mercado integrado.

Coragem, para evoluir, mas evoluir socialmente, e não só economicamente. Nesse sentido, urge refletir com cuidado na agora pensada revisão constitucional e na reclamada necessidade de modificações na Constituição brasileira, para adequá-la ao MERCOSUL. Nunca é demais lembrar a distinção entre princípios e normas constitucionais. Se se pretende, no futuro, seguindo o modelo europeu, transferir alguma competência legislativa ou decisória (=soberania) para o MERCOSUL, necessária se fará a modificação do texto da Constituição, mas não de seus princípios.

O processo de integração não conflita com os princípios constitucionais da soberania popular (art. 1º, parágrafo único, da CF/88) e aos aqui referidos princípios do dualismo e da primazia da Constituição frente aos Atos internacionais. As normas constitucionais é que devem ser redigidas (ou interpretadas) de forma a permitir (ou autorizar) a evolução de um processo de integração sério e materialmente benéfico à sociedade. A imutabilidade dos princípios constitucionais constitui uma garantia básica, a segurança de uma sociedade e seu modo de vida. Também as normas constitucionais preenchem, de certa maneira, essa função de estabilidade do sistema. Sendo assim, talvez mais sábio de que modificá-las agora, seria fazê-lo *a posteriori*, concomitan-

temente com os outros três países, através de Emendas Constitucionais específicas e pontuais, quando o MERCOSUL realmente necessitá-las, como processo definitivo que esperamos⁵⁷.

Quanto a aqui levantada caracterização da lei brasileira como "restrição não-tarifária ao comércio", é esta de aceitação difícil no atual estágio de evolução do MERCOSUL. Tendo em vista, porém, as fáticas dificuldades e diferenças por ela criadas, melhor seria se a competente Comissão ou Subgrupo trabalhasse no sentido de elaborar e sugerir, a exemplo da Comunidade Européia, uma harmonização minimal das normas tutelares dos consumidores no MERCOSUL, evitando, assim, as diferenças legislativas atuais e a discriminação indireta dos produtos e consumidores dos outros três países.

Por fim, cabe esperar que o Direito possa assumir, também no âmbito do MERCOSUL, uma função mais efetiva, e que o Tratado, marco definitivo que está sendo preparado para o MERCOSUL, possa suprir as apontadas falhas atuais. Nesse sentido, esperamos, igualmente, que o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor possa cumprir seu papel de lei protetora dos direitos fundamentais econômicos, de forma a alcançarmos todos, através de novas legislações em nossos países, um melhor nível de qualidade, de transparência, de lealdade e de competitividade no fornecimento de produtos e serviços no MERCOSUL.

julho 1993

Notas

1 O Tratado de Assunção, que é o Tratado-instituidor do MERCOSUL e base única para a criação de deveres para os quatro Estados, foi ratificado pelo Brasil e Argentina, em 30/10/91, e pelo Uruguai e Paraguai, em 1/8/91, entrando em vigor no Brasil, em 22/11/91, e internacionalmente, em 29/11/91. Trata-se, porém, de um Tratado provisório e tímido, devendo ser substituído (ou modificado) por outro antes do efetivo estabelecimento do Mercado Comum, em dezembro de 1994; assim, concorda tb. Gros Espiell, Héctor, "El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea", in: Rev.

Jurídica del Centro Estudiantes de Derecho, Número Especial MERCOSUR (Nr. 5), Montevideo, 1991, pág. 10.

2 O art. 1º do Tratado de Assunção prevê o "compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.", mas o texto do Tratado não prevê instrumentos legislativos para tal. O MERCOSUL não tem competência para legislar, nem para impor "leis-modelos", como acontece na Comunidade Européia, tanto que no cone sul as harmonizações têm acontecido por Tratados Internacionais ou por publicações das decisões e recomendações do Conselho ou Grupo do MERCOSUL nos Diários Oficiais. Note-se, que, em princípio, estas publicações são sem nenhum valor jurídico, face à incompetência constitucional do legislador do MERCOSUL, passando estas "sugestões de modificações das leis internas e normas administrativas" a depender da boa vontade dos Poderes Executivos e Legislativos nacionais para colocá-las em prática, se conveniente e oportuno para aquele país, naquele momento histórico.

3 Entre as instituições (ou órgãos) criados para gerir o MERCOSUL, não há nenhum órgão verdadeiramente judicial, semelhante ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, considerado o "motor" da integração européia, pois através de sua independência e força moral, conseguiu tanto defender os direitos individuais do cidadão das Comunidades, quanto impor aos Estados-partes o cumprimento de seus deveres de integração. O MERCOSUL optou, ao contrário, por um sistema de solução de controvérsias menos vinculativo e independente, regulado no Protocolo de Brasília, de 17.12.91, que institui, para alguns casos, um "Tribunal Arbitral ad hoc".

4 O problema aqui levantado é o da eficácia do sistema criado pelo Protocolo de Brasília para as reclamações das pessoas físicas e jurídicas envolvidas no MERCOSUL, problema que será examinado mais detidamente durante o decorrer deste trabalho.

5 Assim conclui tb. Abreu Bonilla, Sérgio "Mercosur e Integración", FCU, Montevideo, 1991, pág. 56.

6 Dado estatístico, referente a 1990, fornecido por Amorin, Celso Luiz Nunes, "O Mercado Comum do Sul e o Contexto Hemisférico", in: Boletim de Diplomacia Econômica, nr. 7, Secretaria-Geral de Política Exterior, 1990, pág. 17.

7 Note-se que até esta data o MERCOSUL funcionará como uma Zona de Livre Comércio, como prevêem o Tratado de Assunção e seus anexos, passando após a constituir um "Mercado Comum", o que significa não só a formação de um bloco econômico de atuação única, com uma Tarifa Externa Comum e coordenação das políticas macroeconômicas, mas também a concretização da ampla liberdade de circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais.

8 A esta conclusão chegou tb. naturalmente a Comunidade Econômica Européia, e é de seu primeiro Presidente da Comissão a frase famosa: "a Comunidade Econômica Européia não é somente uma comunidade

econômica, mas uma comunidade de direito", no original: "eine Rechtsgemeinschaft", como ensina Müller-Graff, Peter-Christian, "Europäisches Gemeinshaft und Privatrecht", in: NJW, 1993, pág. 17.

9 Apesar de dificuldades quanto a sua legitimidade para elaborar diretivas (leis-modelo obrigatórias) na matéria, a Comissão da Comunidade Européia, alegando que os temas de defesa do consumidor eram os mesmos que assegurariam uma concorrência leal entre os empresários de seus doze países, elaborou mais de 20 diretivas na matéria, sendo as mais famosas: Diretiva 450/84 (Publicidade enganosa), 374/85 (Responsabilidade derivada de Produto Defeituoso), 577/85 (Contratos negociados fora do estabelecimento comercial), 102/87 (Crédito ao consumo), 324/90 (Contratos de viagens e férias), 81/93 (Cláusulas abusivas); veja o completo artigo de Garcia-Cruces, J.A. Gonzales, "Derecho Comunitario y Derecho del Consumo", in: Rev. de Derecho Mercantil, n. 191, Madrid, 1989, págs. 327 a 395.

10 Sobre as modificações na ação legisladora da comunidade Européia veja os artigos de Schmidhuber/Hiltzer, "Binnenmarkt und Subsidiaritätsprinzip", in: EuZW 1/1993, pág. 8 e Goppel, T. "Die Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips", in: EuZW 12/1993, págs. 367 e segs.; quanto ao reflexo do novo Princípio da Subsidiaridade guiando a competência e a interpretação do direito comunitário em matéria de proteção do consumidor, veja de Micklitz e Reich, "Verbraucherschutz im Vertrag über die Europäische Union - Perspektiven für 1993", in: EuZW 19/1992, págs. 593 e segs.

11 São as chamadas Diretivas mínimas, como a última diretiva sobre cláusulas abusivas, que institui uma proteção mínima para o cidadão da Europa, mas permite que a lei alemã de 1976, por exemplo, continue em vigor e estipule uma lista mais rigorosa de cláusulas ineficazes, isto porque não há prejuízo verdadeiro ao mercado comum em uma proteção econômica maior do consumidor de um determinado país; assim conclui tb. Ulmer, Peter, "Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen", in: EuZW 11/1993, págs. 337 a 346.

12 Assim ensina o Professor de Montevideo, Jean Michel Arrighi, em seu excelente artigo, "La Protección de los Consumidores y el Mercosur", in: Revista Direito do Consumidor, vol. 2, pág. 134; sobre as modificações na Argentina, veja o amplo e comparativo levantamento dos Projetos existentes feito por Alterini, A.A. e Lopez Cabana, R.M., "Proyectos de Ley de Defensa del consumidor en la Argentina", in: Revista de Direito Civil, nº 56, págs. 231 e segs., passado um mês da aprovação, com vários vetos, da lei argentina, ainda é cedo para verificar da eficácia da nova lei, veja Stiglitz, G.A., "O Direito do Consumidor e as Práticas Abusivas - Realidade e Perspectivas na Argentina", in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 3, págs. 27 e segs.

13 Sobre o tema, veja as lições dos mestres de São Paulo, Konder Comparato, F., "Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988", in: RDP 98 (1990), 271,

e Grau, Eros Roberto, "A Ordem Econômica na Constituição de 1988 - Interpretação e Crítica", São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

14 Assim decisão do Supremo Tribunal Federal, em 27 de fevereiro de 1987, no RE 0109173/SP, citando vários precedentes; em doutrina, veja os comentários clássicos de Tenório, Oscar, "Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro", Rio de Janeiro: Borsó, 1955, pág. 86, Nº 129; esta também é a tendência internacional (pré-integração econômica), como ensina Paul De Visscher, em seu curso na Academia de Haia, "Les Tendances Internationales des Constitutions Modernes", in: Recueil des Cours, vol. 80 (1952/1).

15 Veja a polêmica exigindo também o controle do legislativo aos tratados internacionais, especialmente quanto aos Tratados chamados executórios e os atos que estabeleceram a dívida externa brasileira, sua forma de rolagem e de pagamento, no artigo de Cachapuz de Medeiros, A.P., "O controle legislativo dos atos internacionais", sobre a relação do Tratado e da lei interna veja Fillipi, R.B., "Conflito entre Tratado Internacional e Lei interna posterior no tempo", in: Revista AJURIS, vol. 34, págs. 226 e segs.

16 No Brasil, defende um quase "monismo" baseado neste texto constitucional, Bastos, Celso Ribeiro, in: "Comentários à Constituição Federal de 1988", 1988, v. 2.

17 Defendendo a necessária "valoração" das normas de origem internacional para a boa aplicação do art. 5º, § 2º, da CF, veja o nosso "A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor", in: Rev. Direito do Consumidor, vol. 3, pág. 162.

18 In: "Interpretações da Constituição Federal de 1988", Ives Gandra Martins (Coord.), FUB, Brasília, 1988, pág. 7.

19 Nesse sentido já nos manifestamos no citado artigo "A Responsabilidade do Transportador Aéreo...", pág. 165.

20 Veja o sério estudo realizado na Suíça, quando esta - antes do plebiscito de 1992 - pretendia passar a integrar o Mercado Comum, Cottier, Bertil (Coord.), "Conséquences institutionnelles de l'appartenance aux Communautés Européennes", Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé, Schulthess V., Zurich, 1991, que dedica aos problemas constitucionais originados pela adesão suas págs. 19s, 57s, 77s, 155s, 189s, 223s, 257s, 287s, 325s, 341s, 355s, 375s, informando que dos doze países-membros, nove tiveram de modificar sua ordem constitucional, pág. 411.

21 Veja o exemplo alemão, em suas famosas sentenças "So lange I" e "So lange II", em que o "BVerfG" (Corte Constitucional Alemã) afirmou que, enquanto a Comunidade não possuir uma Constituição, assegurasse os mesmos direitos fundamentais assegurados nos arts. 1º a 20 da Grundgesetz, a Lei Fundamental se aplicaria, mesmo contra o direito da integração, de forma a preservar estes valores básicos já conquistados; veja em Schweitzer, M. e Hummer, W. "Europarecht", Metzner, Frankfurt, 1990, págs. 215 e segs.

22 A comunidade européia é formada por três Comunidades, a do Carvão e do Aço (Tratado de Paris, de 18 abril de 1951), a Comunidade Econômica ou Mercado Comum (Tratado de Roma, de 25 de março de 1957) e a Comunidade da Energia Atômica ou Euratom (Tratado de Roma de 25 de março de 1957), veja a interessante comparação de POCAR, Fausto, "Modelos de Integração regional na Europa e na América Latina e o papel das integrações regionais", págs. 9 e segs. do número especial dedicado à integração da Revista de Informação Legislativa, nº 84, jan/mar 1984.

23 A expressão é trazida por Von Simson, W. e Schwarze, J. "Europäische Integration und Grundgesetz", de Gruyter, Berlin, 1992, pág. 65, obra que dá especial atenção aos reflexos constitucionais da aceitação do novo Tratado de Maastricht, o qual propõe a criação de uma comunidade monetária entre aqueles países e uma maior integração política, o que naturalmente significa maior transferência de competências (ou soberania) para a Comunidade.

24 O art. 48 das Disposições Transitórias concedia 120 dias para que o Parlamento elaborasse o "Código de Defesa e Proteção do Consumidor".

25 Como ensina Amaral, F. dos Santos Neto, "A Liberdade de Iniciativa Econômica - Fundamento, Natureza e Garantia Constitucional", in: Revista de Direito Civil, vol. 37, pág. 96, a noção de sistema pode ser útil à análise, pois "permite que o fenômeno jurídico, à semelhança do que vem sendo feito no âmbito das demais ciências sociais, seja apreciado como um conjunto harmônico, unitário, coerente de normas jurídicas, constituído em função de valores e princípios emergentes da realidade social...". Este conjunto coerente seria um todo construído, com uma hierarquia própria, com um encadeamento lógico, a determinar que seus valores e conceitos estivessem presentes e eficazes, não em um só ramo do direito, mas em todo o ordenamento jurídico de um país.

26 Veja a famosa aula de Hesse, Konrad, "A Força Normativa da Constituição", trad. Gilmar Mendes, Porto Alegre, ed. Fabris, 1992.

27 A expressão é de Raizer, Ludwig, "O futuro do Direito Privado", in: Revista da Procuradoria-Geral do Estado, Porto Alegre, 9(25), 1979, pág. 11.

28 Konder Comparato, ob. cit., pág. 263, afirma que a defesa do consumidor foi erigida a princípio limitador da atividade econômica pelo art. 170, V, da Constituição Federal.

29 Nesse sentido a opinião de Bobbio, Norberto, "Des critères pour résoudre les antinomies", in: *Les Antinomies en Droit*, Perelman, Ch. (Ed.), Bruxelles, 1965, pág. 255, assim também nos manifestamos em "A Responsabilidade do Transportador Aéreo", ob. cit., págs. 167/168.

30 "Código" significa a criação de um sistema de regras de direito, ordenadas e unidas pela lógica de uma idéia central orientadora; veja as definições trazidas pelo mestre de Heidelberg, Jayme, Erik, "Considérations historiques et actuelles sur la codification du Droit International Privé", in: *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, vol. 177 (1982, IV), pág. 23.

31 A expressão é trazida por Watanabe, Kazuo, pág. 509, in: "Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto", Ada Pellegrini Grinover et al., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

32 Veja o nosso livro, "Contratos no Código de Defesa do Consumidor - o novo regime das relações contratuais", São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992 e o antes citado Comentário dos Autores.

33 Assim ensina Grau, Eros, "Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: Algumas Notas", in: Revista Direito do Consumidor, vol. 5, pág. 185.

34 A presunção de vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor guiará os três artigos do CDC que se referem à definição de consumidor, artigos 2º, 17 e 29. O consumidor *stricto sensu* é a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço, como destinatário final (art. 2º, *caput*), equiparando-se a ele todas as vítimas do dano causado por fato do produto ou do serviço (art. 17), a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo (art. 2º, § único), ou que fique exposta às práticas comerciais definidas no CDC (art. 29).

35 Este princípio guia a atuação ativa do Poder Executivo, através de seus órgãos de proteção do Consumidor, de controle de preços e da saúde pública, bem como a atuação no campo jurídico do Estado (art. 5º), através da criação de Juizados de Pequenas Causas, Varas Especializadas na Defesa do Consumidor, Promotorias, Assistência Jurídica Gratuita, etc. Sobre a base legal da atuação administrativa, veja o recente Decreto nº 861, de 9 de junho de 1993 (D.O.U. 12/08/93, Seção I, pág. 9551s), o qual dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor-SNDC e estabelece normas gerais de aplicação das sanções administrativas.

36 Este princípio serve de base para a imposição do dever de informar dos arts. 30 e seguintes do CDC, da transparência e informação quando da redação dos contratos unilateralmente (arts. 36 e 54), para a proibição das práticas comerciais abusivas descritas nos arts. 29 e seguintes, para a declaração da nulidade absoluta das cláusulas abusivas descritas nos arts. 51 e seguintes, para a proteção da confiança do consumidor na prestabilidade e segurança dos produtos e serviços, dispostas nos arts. 18 e seguintes e arts. 12 e seguintes do CDC, serve de base, inclusive, para a decretação eventual da desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor, segundo os ditames do art. 28.

37 Este é o princípio norteador das normas processuais trazidas pelo CDC em complementação à lei da ação civil pública de 1985, nos arts. 81 a 108.

38 Este é o menos desenvolvido dos princípios no corpo do CDC, talvez face às múltiplas e ineficazes normas brasileiras já existentes sobre regulamentação da concorrência.

39 Sobre o tema, veja também o excelente artigo de Nery, Nelson Jr., "Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor", in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 3, págs. 44 e seguintes.

40 O Protocolo foi objeto da MERCOSUL/CMC/DEC. nº 05/92, art. 15, veja sobre a Convenção de Bruxelas, ato semelhante entre os países da Comunidade Européia, em Reich, Norbert, "Protection of consumers' economic interests by European Community", in: Journal of Behavioral and Social Sciences, vol. 38, 1992, Japão, págs. 33 e seguinte.

41 Interessante notar que o art. 1º nada menciona sobre as restrições à livre circulação de serviços. Se esta foi uma omissão consciente e quais serão suas consequências práticas, não cabe aqui analisar em detalhes. Optamos, no texto, a mencionar a regulamentação dos produtos e serviços como trazida no CDC brasileiro, isto é, tratando-os igualmente.

42 Assim ensinam os mestre alemães Schweizer/Hummer, ob. cit., págs. 269 e seguintes.

43 Texto reproduzido na íntegra, in: *Rev. de Informação Legislativa*, a. 21, nº 81 - Suplemento, pág. 270.

44 No famoso caso Cassis de Dijon (Rs. 120/78, *Rewe v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*) Rspr. 1979, pág. 662, instituiu o Tribunal de Justiça da Comunidade Européia a chamada "Regra-Cassis", a qual exclui das medidas equivalentes as medidas e regras jurídicas estabelecidas por um Estado, se razoáveis e necessárias para uma efetiva proteção do consumidor, para a concorrência leal, para a proteção da saúde pública e para o controle do pagamento de impostos; veja sentença reproduzida por Schweizer/Hummer, ob. cit., págs. 270 e 271.

45 Assim concorda, quanto aos objetivos da Comunidade e do Direito comunitário, a obra tradicional de Cartou, Louis, "Communautés Européennes", Dalloz, 1979, pág. 142.

46 O verdadeiro legislador *stricto sensu* da CEE é o Conselho, que promulga as leis obrigatórias da Comunidade, os "Regulamentos". Engana-se quem pensa que o "Parlamento" das Comunidades tem função legislativa, pois este órgão, único escolhido de maneira democrática na CEE, possui somente função consultiva, de decidir o orçamento da Comunidade e um pequeno poder de veto das leis elaboradas pela Comissão e pelo Conselho, que pode ser derrubado pelo Conselho de Ministros; veja o art. 189 do Tratado de Roma. Eis aqui uma das fontes de crítica quanto à legitimação (democrática) da Comunidade Européia para legislar, veja detalhes em Rabe, Hans-Jürgen, "Europäische Gesetzgebung - das unbekannte Wesen", in: NJW 1993, págs. 1 a 5.

47 Sobre a atividade administrativa, de controle e como elaboradora das leis, regulamentos e diretivas da Comunidade, pela Comissão, veja Schweizer/Hummer, ob. cit., pág. 79.

48 O Protocolo de Brasília estabelece um procedimento arbitral específico, o que garantirá certa isenção dos árbitros, um de cada país envolvido e um terceiro

escolhido; o problema central, porém, é a falta de obrigatoriedade do Estado enviar a queixa do empresário de seu país (art. 27) e a não-adaptação do complexo procedimento de "tentativas de conciliação" entre órgãos nacionais do executivo com as necessidades das lides particulares. Se este procedimento representa um avanço no que se refere às relações entre Estados latino-americanos, pouco acostumados às arbitragens, para os particulares não oferece o Protocolo de Brasília nenhuma segurança e perspectiva.

49 Para a crítica do sistema adotado pelo MERCOSUL, com a criação de um "Grupo", formado por servidores e diplomatas dos ministérios nacionais, reunidos esporadicamente e sem nenhum poder de decisão (necessitando sempre da aceitação do Ministro de Estado, seu superior e do Presidente da República), veja o novo artigo de Baptista, Luis Olavo "O Impacto do MERCOSUL sobre o Sistema Legislativo Brasileiro", in: Revista dos Tribunais, vol. 690, págs. 39 e seguintes.

50 Assim ensina nosso mestre alemão Will, Michael R., "Autonomie Rechtsangleichung in Europa", in: "Osterreichs Weg in die EG", Fritz Schwind (Hrsg), V.Oakw, Viena, 1991, pág. 88.

51 O processo de incidência direta das Diretivas é complexo, deve o Estado já ter esgotado o prazo para sua "transformação" em lei nacional e deve o texto da directiva ser suficientemente claro e direto, de forma a possibilitar que os cidadãos da Europa possam a eles recorrer; sobre a evolução desta jurisprudência do Tribunal de Justiça das comunidades, veja Schweizer/Hummer, ob. cit., pág. 115.

52 Segundo a lição de Will, ob. cit., págs. 73 e seguintes, seria este tipo de harmonização denominado "harmonização voluntária" ou tradicional do Direito Internacional clássico, não necessitando de um processo de integração econômico para nascer, bastando a simples vontade política (que pode desaparecer e reverter o processo) e o desejo de cooperar dos Estados soberanos.

53 Veja por todos, o citado artigo de Garcia-Cruces, e sobre a nova maneira de legislar, as anteriores notas 7, 8 e 9.

54 O art. 8º da Diretiva adotada em 5 de abril de 1993 (JOCE-L de 21 de abril de 1993) dispõe que: "...os Estados-membros podem adotar ou manter...disposições mais estritas, compatíveis com o Tratado, para assegurar um nível de proteção mais elevado ao consumidor" (tradução nossa), texto reproduzido por Chambraud, A. "Les Clauses abusives en droit communautaire", in: INC HEBDO, Nr. 820, 25 juin 1993, pág. 9.

55 Assim também Baptista, ob. cit., pág. 39, que diplomaticamente afirma: "O pragmatismo refletido na transitoriedade das estruturas criadas, e na leveza destas, assim como o ter-se evitado criar mais uma burocracia são inéditos nessa matéria."

56 Do ponto de vista jurídico, importantíssima seria a criação de um órgão verdadeiramente judicial, ou no mínimo da melhoria do sistema arbitral/voluntário previsto, veja sobre a importante função do Tribunal

da Comunidade no desenvolvimento e no grau de justiça alcançado com o direito comunitário Nessler, V., "*Richterrecht wandelt EG-Richtlinien*", in: RIW 1993, págs. 206 e seguintes.

⁵⁷ Note-se que a modificação das normas constitucionais brasileiras para adaptar-se à integração é assunto complexo, pois enquanto várias delas (arts. 171, 172,

173, 176, 177, 179, por exemplo) discriminam o capital estrangeiro, estabelecendo privilégios e monopólios às pessoas jurídicas nacionais de capital nacional ou pessoas jurídicas de direito público, o governo brasileiro assinou o Tratado das Empresas Binacionais Argentino-Brasileiras, tentando atingir um tratamento igualitário.

As contribuições especiais na Constituição de 1988

Rômulo Maya

Professor da UFRGS

Vice-Presidente do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Rio Grande do Sul

As contribuições especiais são antigas no Brasil. Desde 1923, a Lei Eloy Chaves, criando a Caixa de Aposentadoria e Pensões dos Ferroviários, as instituiu. No mesmo ano, por força da Lei nº 5.109, aquele regime previdenciário foi estendido aos marítimos. A partir de 1934, com a criação da previdência social das demais categorias profissionais, através dos IAPs (Bancários, Comerciais, Industriários, etc), elas começam a proliferar. Em 1943, a CLT estabeleceu, nos arts. 578 e seguintes, o "imposto sindical", mais tarde acertadamente transformado pelo art. 217 do CTN em contribuição sindical. Daí em diante, principalmente a partir da década de 60, avolumaram-se as contribuições especiais, também chamadas de parafiscais, em nosso país, estendendo-se a outros setores de atividade, tais como, por exemplo, o de intervenção da União no domínio econômico.

2. - Apesar da intensidade do fenômeno e de sua grande repercussão na própria vida nacional, as contribuições especiais não tinham sido objeto de ordenamento individualizado por parte de nossos constituintes. As Constituições de 34, 37, 46 e 67 delas não cogitaram expressamente, não obstante a elas se referissem quando versaram a previdência social. Só a Emenda nº 1, de 1969, preocupou-se em outorgar às contribuições parafiscais a condição de figura constitucional.

3. - Como é sabido, a Lei Maior de 69, em sua redação original, no art. 21 - § 2º - I, atribuiu à União a exclusividade para instituir contribuições, nos seguintes termos:

"21- § 2º - A União pode instituir:

I - contribuições, nos termos do item I deste artigo, tendo em vista intervenção no domínio econômico e o interesse da previdência social ou de categorias profissionais."

4. - Algumas considerações podem ser tecidas sobre este texto. Em primeiro lugar, não se permitiu aos Estados e Municípios a instituição de contribuições, tolerando-se apenas as que decorressem do estabelecimento do regime previdenciário dos funcionários estaduais e municipais, como é o caso, por exemplo, da contribuição em favor do Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul.

5. - Em segundo lugar, a doutrina tributária entendeu que, do dispositivo acima transcrito, poder-se-iam deduzir três espécies de contribuições especiais ou parafiscais, a saber, as decorrentes da intervenção da União no domínio econômico, tais como a em favor do I.A.A. e demais institutos federais congêneres, as no interesse da previdência social, como, por exemplo, a em favor do INSS, e as de interesse de categorias profissionais, como a contribuição sindical e a instituída pela OAB.

6. - Por outro lado, a inclusão dessas contribuições no capítulo relativo ao Sistema Tributário Nacional acentuou, conforme expressiva maioria dos autores e até mesmo de várias decisões de nossos tribunais, a sua natureza tributária. Além disso, com referência às contribuições, aplicava-se a faculdade prevista no item I do art. 21, relativa à importação de produtos estrangeiros, isto é, possibilitava-se ao Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos

em lei, alterar as suas alíquotas ou as suas bases de cálculo.

7. - Admitida a natureza tributária das contribuições especiais, certos efeitos de suma importância produziram-se. Entre eles a fixação dos prazos de decadência e de prescrição, para seu lançamento e cobrança judicial, em cinco anos, a teor do disposto nos arts. 173 e 174, respectivamente, do C.T.N., em decorrência de jurisprudência predominante, com forte apoio na doutrina nacional. Outras consequências seriam a sua submissão aos princípios constitucionais tributários e às normas gerais de direito tributário.

8. - Essa orientação feriu os interesses da Previdência Social federal, que passou a lutar pelo reconhecimento pleno do disposto no art. 144 da Lei nº 3.807/60 (Lei Orgânica da Previdência Social), que outorga o prazo de 30 anos para a cobrança de suas contribuições. Estes e outros fatores fizeram com que pelo denominado "Pacote de Abril" - Emenda Constitucional nº 8, de abril de 1977 - fosse alterada a redação do art. 21 - § 2º - I, da Lei Maior de 1969, para o seguinte teor:

"Art. 21 - § 2º - a União pode instituir:

I - contribuições, observada a faculdade prevista no item I deste artigo, tendo em vista a intervenção no domínio econômico ou o interesse de categorias profissionais e para atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social."

9.- Desse modo, as espécies de contribuições para-fiscais previstas expressamente na aquele texto constitucional passaram a ser:

a) decorrentes da intervenção da União no domínio econômico

b) no interesse de categorias profissionais

c) destinadas a atender diretamente à parte da União nos encargos da previdência social, tais como as conhecidas "quotas de previdência", a que aludem, por exemplo, os arts. 71 e 74 da Lei nº 3.807/60 (LOPS), com as alterações determinadas pelo art. 34 da Lei nº 4.863/65.

10. - Como se vê, houve uma substituição da espécie "contribuições no interesse da previdência social" pela espécie "contribuições destinadas a atender diretamente à parte da União no custeio dos encargos da previdência social", em relação ao texto original de 1969. As outras duas espécies permaneceram as mesmas.

11. - Pela referida Emenda, as contribuições previdenciárias propriamente ditas foram transferidas para o art. 43 da C.F., que tratava das atribuições do Congresso Nacional, acrescentando-se a ele um novo item, o "X", incluindo as "contribuições sociais", denominação dada às contribuições previdenciárias, entre elas as previstas nos arts. 165 em vários dos seus itens, 166 - § 1º, 175 - § 4º, e 178. Pretendeu-se com a transposição de local, descaracterizar a natureza tributária das contribuições sociais, o que em parte foi conseguido, pois o Supremo Tribunal Federal em decisões inicialmente relatadas pelo Min. Moreira Alves, entendeu que as referidas contribuições deixaram de ser tributos a partir da Emenda nº 8.

12. - Tal orientação não foi aceita pacificamente pela doutrina tributária brasileira que, em grande parte, continuou sustentando que as contribuições sociais permaneciam com natureza tributária. Não seria um simples deslocamento no texto constitucional que iria modificar sua substância. Como disse conhecido tributarista nacional, não seria a localização topográfica no texto constitucional que iria alterar-lhes a natureza jurídica.

13. - Não havia amainado a discussão sobre o tema, quando sobreveio a atual Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988. Nela, em seu artigo 149, contemplam-se as contribuições especiais ou para-fiscais na maneira seguinte:

" Art. 149 - Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse de categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146 - III, e 150 - I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195 - § 6º,

relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Parágrafo único - Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir contribuição cobrada de seus servidores, para custeio, em benefício destes, de sistemas de previdência e assistência social."

14. - De plano verifica-se que algumas modificações de vulto foram feitas pelo texto novo. Eliminou-se a faculdade de alterar as alíquotas e a base de cálculo pelo Executivo, dentro de limites fixados em lei. Manteve-se a exclusividade da União para instituir as contribuições, mas legitimaram-se expressamente as contribuições estaduais ou municipais para custeio de sistemas de previdência em favor de seus funcionários, abrindo assim uma exceção à regra.

15. - Além disso, consagrada ficou a denominação de "contribuições sociais", mas com um espectro bem mais amplo que as previstas no art. 43, X, da Constituição anterior. E, por fim, pela expressão "como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas", estabeleceu-se um fundamento ou uma causa para a instituição das contribuições, cuja inobservância pode levar à alegação de inconstitucionalidade da exação. Não se poderá criar uma contribuição sem que haja uma atuação concreta da União na respectiva área. Também importante é a necessidade da observação dos arts. 146, III, e 150, I e III, e dos demais princípios comuns a todos os tributos, decorrente de sua natureza tributária.

16. - O exame conjunto dos arts. 149 e 195 da atual Carta Magna permite que se classifique as contribuições especiais, igualmente, em três espécies:

I) contribuições sociais

II) contribuições de intervenção no domínio econômico

III) contribuições de interesse de categorias profissionais ou econômicas

As espécies II e III identificam-se, praticamente, com as suas antecessoras do art. 21, § 2º, I, da Emenda nº 1, de 1969, com o pequeno acréscimo da locução "ou econômicas" no tipo III. Os exemplos dados anteriormente servem para elas agora também.

17. - Por sua vez as contribuições sociais se subdividem em duas espécies:

a) contribuições sociais de seguridade social (art. 195, I, II e III);

b) contribuições sociais sem essa finalidade específica (art. 149).

As contribuições sociais de seguridade social visam a assegurar, na ordem social, os direitos relacionados com a saúde, a previdência social e a assistência social, tratados nos arts. 196 a 204 da Lei Suprema vigente. São seus exemplos as contribuições previdenciárias em geral. As outras contribuições sociais são destinadas a satisfazer outros direitos sociais, como os relativos à educação, ao trabalho, à segurança, etc. Entre elas, *verbi gratia*, o salário-educação.

18. - A classificação em contribuições sociais de seguridade social e contribuições sociais simples é importante porque às primeiras não se aplica o princípio da anterioridade, expresso no art. 150, III-b, da C.F., podendo ser exigidas desde que decorridos noventa dias da publicação da lei que as houver criado ou aumentado, a teor do disposto no art. 195, § 6º, da mesma Constituição. As contribuições sociais simples, ao reverso, estão sujeitas ao dito princípio, nos termos do art. 149, não podendo ser cobradas no mesmo exercício financeiro em que tenha sido publicada a lei que as instituiu ou aumentou.

19. - Uma observação especial merecem as contribuições de interesse de categorias profissionais, mais especificamente as exigidas pelos órgãos de fiscalização do exercício de profissões liberais, tais como as cobradas pelos Conselhos de Medicina, Engenharia, Economia e a Ordem dos Advogados do Brasil.

20. - Como vimos, no art. 149 da Constituição, as contribuições especiais, entre as quais se encontram as de interesse de categorias profissionais ou econômicas, estão sujeitas ao disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, da C.F. Isto significa que tais contribuições necessitam estar definidas em lei complementar, não podem ser exigidas ou aumentadas sem lei que as estabeleça, nem incidir sobre fatos geradores ocorridos an-

tes do início da vigência da lei que as houver instituído ou aumentado, ou serem cobradas no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que as instituiu ou aumentou.

21. - Ora, a exigência dessas contribuições pelos ditos Conselhos Profissionais está regulada pela Lei nº 6.994, de 26.5.82, que fixou os seus valores e modo de cobrança e inclusive sua atualização. Em relação à Ordem dos Advogados, porém, a exigência da contribuição aos nela inscritos está disciplinada nos arts. 140 e 141 dos seus Estatutos - Lei nº 4.215, de 27.4.63. Deixou, porém, o dito art. 141 ao inteiro arbítrio das Seccionais a fixação dos valores das contribuições, as quais são aumentadas anualmente sem nenhuma lei que preveja ou estabeleça tais aumentos.

22. - Parece, assim, com a vigência da atual Constituição, que as contribuições cobradas pelas Seções Estaduais da OAB, por desobedecerem o disposto no art. 150, I e III-b, são inconstitucionais. Sabe-se, por outro lado, que a Ordem está pretendendo elaborar novos estatutos, existindo já um anteprojeto publicado para que se façam sugestões. Seria, pois, conveniente que neles se sanasse a irregularidade em causa.

23. - Uma referência à denominada "contribuição sindical", prevista no art. 580 da CLT, que atinge também os profissionais liberais, com exceção dos advogados (Lei nº

4.215/63, art. 142), parece-nos pertinente. Foi a mesma fixada de maneira tal que sua atualização se faz automaticamente, sem necessidade de lei nova.

24. - Por derradeiro, uma observação sobre a natureza jurídica das contribuições especiais ou parafiscais. Cremos que os constituintes de 1988 perderam uma ótima oportunidade para estabelecer definitivamente a natureza tributária dessas exações. Bastaria que as incluíssem no art. 145 juntamente com os impostos, taxas, contribuição de melhoria e também os empréstimos compulsórios.

25. - Em todo o caso, com o retorno das contribuições sociais ao capítulo do sistema tributário, pode-se supor que se voltará a entender terem elas natureza tributária, a *contrario sensu* do que foi entendido quando de sua passagem para o item X do art. 43 da Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

26. - A propósito, cite-se a opinião de Ives Gandra da Silva Martins, em seu conhecido "Sistema Tributário na Constituição de 1988", no qual afirma, à pág. 114, expressamente, que encerrou-se definitivamente a polêmica sobre a natureza jurídica das contribuições especiais, tida por ele como tributária face às disposições da Carta Magna vigente. Sustenta mais o referido autor que a instituição das contribuições, se tributos, só poderá ocorrer nos termos do art. 146, III, da Constituição Federal.

Conceito e fundamentos de família e sua evolução na ordem jurídica

Carlos Silveira Noronha

Professor de Teoria Geral do Processo, de Direito Processual Civil e de Direito Civil na Faculdade de Direito da UFRGS

Sumário: 1. Origem natural e sociojurídica da família; 2. A linha romana de constituição da família; 3. A família perante o direito divino e o direito canônico; 4. A família no direito moderno; 5. Natureza jurídica da família; 6. A família no direito pátrio; 7. Entes afins à família; 7.1 Concubinato; 7.2 Entidade familiar; 8. Família substituta.

1. Origem natural e sociojurídica da família

Têm sido objeto da mais ampla especulação, em todos os tempos e em todas as organizações sociojurídicas, os modos pelos quais surgiu e se constituiu a família. A origem natural, embasada simplesmente na satisfação da concupiscência resultante da diversidade de sexos e no fato biológico da procriação necessária à conservação da espécie, restaria por estabelecer paridade ou indistinção entre os comportamentos do homem e dos animais. Pouco provável se apresenta tal origem familiar, especialmente à luz da concepção clássica do direito natural, segundo a qual os fins pessoais do homem e a sua própria felicidade só podem ser alcançadas com o auxílio dos seus semelhantes, em sociedade, respeitando os direitos dos outros e satisfazendo as exigências da vida em comum.

A família, desse modo constituída, atenderia apenas à satisfação pura e simples de apetites inferiores e egoísticos do homem e da mulher, e não se conformaria com a razão humana, nos limites do *aequum et bonum*, da sentença de Paulo (D. 1.1.11), em que originariamente se funda a lei natural¹.

Naquele distante e primitivo estágio de convivência humana, ignorados ou desprezados eram os vínculos matrimoniais e da consangüinidade dos consortes entre si e destes com sua prole, que hoje constituem o núcleo familiar, fruto da evolução socio-

cultural e que passou a chamar-se família natural ou família biológica, ainda que ausentes estejam os vínculos civis do casamento. Nem o darwinismo com a sua teoria transformista, afirmando que a espécie humana descende de espécies animais, seria capaz de dar suporte a essa primeira situação como forma originária da família².

Especulam outros autores que a família primitiva teria origem na poligamia ou na poliandria³, ou, ainda, na promiscuidade de sexos⁴, ou seja, no grupo formado por um homem e algumas mulheres e os respectivos filhos, ou na união de uma mulher com alguns homens e a sua prole, ou ainda, teria origem numa promiscuidade de sexos, esta sustentada por exíguo período temporal⁵. A primeira ensinaria a forma do patriarcado; a segunda, o matriarcado; e na terceira se consubstanciaria a união livre de sexos, sem vínculos civis e sociais⁶.

Dentre a vasta gama de teorias que investigam o problema da origem da família, a que se ampara em fundamentos mais aceitáveis é a de que a origem desta célula social está no patriarcado, que inicialmente teria se manifestado sob a forma poligâmica, transformando-se em monogâmica com a evolução social, tendo-se em vista que a molécula fundamental das sociedades antigas era a família sujeita ao pai.

Naqueles tempos, a julgar pelos hábitos sociais do homem moderno e da poligamia de quase todos os selvagens, não se deve pôr

dúvidas de que o homem primitivo viveu em pequenas comunidades, possuindo cada macho tantas fêmeas quantas pudesse sustentar e defender contra os outros. Mas, polígamo ou monógamo, não seria razoável admitir-se que o homem pudesse esmaecer o seu amor pela prole, pois este sentimento emana da própria natureza do procriador, sendo comum inclusive entre os animais, sustenta Cogliolo⁷.

Segundo registra a história, quando a sociedade se organizou em tribos, a família formou-se em torno da mulher, admitindo-se, então, a poliandria e resultando, daí, a forma do matriarcado. Justifica-se essa transição na circunstância de que, desconhecendo-se o pai, o filho tomava o nome da mãe. Mas esse período não teve duração, modificando-se para o regime patriarcal com o desenvolvimento da civilização.

A origem familiar na promiscuidade de sexos só pode ser admitida em fases episódicas da caminhada histórica. É que, se constituindo em forma de agregação inorgânica, senão anárquica, pouco compatível com a racionalidade do homem e da mulher, guarda duvidosas possibilidades de oferecer a origem da entidade sociojurídica transcendente e fundamental, como o é a família.

Insiste, pois, Cogliolo, que a teoria patriarcal da sociedade, ou seja, a reunião da família sob o poder do mais velho ascendente masculino, guarda uma tradição extraordinariamente recuada nos tempos e sedimentada na história da humanidade, eis que formulada já por Platão (Leis, III, 680), seguida por Aristóteles (Política, I, 2) e pelos patriarcas hebreus nos relatos bíblicos (Gênesis 2.24; Evangelho de São Matheus, 19.6). As mais antigas células sociais sempre estiveram inspiradas na antítese respeito e medo em relação ao homem mais forte, que na impetuosidade na luta pela sobrevivência própria e na proteção dos que se abrigavam sob seu poder, sofre o impulso sexual que o faz atrair e se apoderar da mulher, excluindo todos os outros e dando origem, a partir daí, à instituição da monogamia⁸.

A molécula fundamental das sociedades antigas é a família sujeita ao poder e proteção do pai. Sempre foi a família o suporte básico a sustentar a pirâmide social; muitas famílias, tendo a consciência fixada na autoridade do chefe único, formavam o "clan" ou "gens"; muitas "gentes", a tribo; muitas tribos, o Estado⁹. A teoria do patriarcado é ainda defendida por autores modernos, especialmente por Cunha Gonçalves, para quem o matriarcado é "pura fantasia inventada por alguns etnógrafos, porque, em regra, o homem, pela sua maior cultura e pelo seu constante contato com a vida exterior, está em melhores condições de apreciar e resolver o que mais convém aos interesses do casal. As exceções não infirmam a regra".¹⁰

2. A linha romana de constituição da família

Em Roma, a família segue a linha historicamente dominante do regime patriarcal, tendo como chefe o *paterfamilias*, na pessoa do ascendente vivo mais velho: o pai ou avô paterno. Este era uma pessoa *sui iuris*, que gozava inteira independência e chefiava seus descendentes, que eram considerados *alieni iuris* e estavam submetidos à autoridade do *pater*. Era um instituto peculiar do povo Romano (Gaio, *Institutas*, 1.5)¹¹.

Émile Benveniste, citado pelo Prof. Cláudio de Cicco, nos esclarece sobre a origem etimológica do vocábulo *Pater*. "De todos os termos de parentesco" - refere Benveniste - "a forma mais genuína é o nome de 'Pai', *Pater*, do sânscrito *Pater*. O termo *Pater* está plenamente justificado no seu emprego mitológico, pois é a qualificação permanente do Deus Supremo dos indo-europeus. Figura no vocativo do nome divino de "Jupiter". A forma latina originou-se de uma fórmula de invocação: *Dyen Pater* = "Pai Celeste", como no vocativo grego: *Zeû Páter*. Neste sentido originário, a relação de paternidade física é de se excluir, pois estamos longe do parentesco estritamente físico e *Pater* não designa o pai no sentido pessoal.¹²

E, visando explicitar os fundamentos que embasam a autoridade do *paterfamilias*, assim se manifesta o Professor das Arcadas, adotando argumentos de Fustel de Coulanges: "A família não recebeu suas leis da Cidade. Se tivesse sido a cidade a estabelecer o direito privado, teria provavelmente elaborado algo diverso, teria regulado de acordo com outros princípios o direito de propriedade e o direito da sucessão, pois não era de seu interesse que a terra fosse inalienável e o patrimônio fosse indivisível. A lei que permite ao pai vender ou até mesmo tirar a vida de seu filho, lei que encontramos tanto na Grécia como em Roma, não foi imaginada pela Cidade. Ela teria antes dito ao pai: - 'A vida de tua mulher e de teu filho não te pertencem e nem a sua liberdade; e os protegerei mesmo contra ti; não serás tu que os julgarás, que os executarás se eles se tornarem culpados: eu serei seu único juiz'. Se a cidade não fala assim é porque ela não pode, pois o Direito Privado existia antes dela. Quando ela começou a estabelecer suas leis por escrito, já encontrou esse Direito estabelecido, vivo, enraizado nos costumes, forte através de uma adesão universal. Ela o aceitou, por não poder agir de outro modo, e não ousou modificá-lo senão com o correr do tempo. O direito antigo não é obra de um legislador, mas antes se impôs ao legislador. Foi na família que ele nasceu. Saiu espontaneamente e todo formado dos antigos princípios que o constituíam. Decorreu de crenças religiosas que eram universalmente admitidas, na era primitiva de tais povos, e que exerciam um império sobre suas inteligências e sobre suas vontades"¹³.

A família romana compreendia uma reunião de pessoas, colocadas sob a autoridade ou a *manus* de um chefe único, da qual já faziam parte os filhos e os descendentes em linha reta até o infinito, gerados pelo *paterfamilias* ou pelos seus descendentes masculinos e ligados entre si pelo vínculo sanguíneo da *cognatio*, bem como outras pessoas que viessem à família ser agrupadas mediante os institutos da *adoptio* e da *conventio in manum*, as quais passavam a relacionar-se

entre si e com os demais membros pelo vínculo da *agnatio*. Deste modo, constituía-se a família *aut natura, aut iure*.

O *paterfamilias*, que unificava sob sua *auctoritas* todos os membros da família, desfrutava em relação a eles de direitos de ordem pessoal e de ordem patrimonial, tais como a *patria potestas* ou o poder sobre os filhos e netos masculinos; a *manus* ou o poder sobre as mulheres casadas com o *pater* ou com seus descendentes; o *mancipium* ou o poder sobre as pessoas a ele vendidas como escravos (*in mancipi*); e ainda, a *dominica potestas*, que era o poder geral sobre os escravos. Sobre os seus dependentes ou *fili familias*, o *pater* tinha o *ius vitae et necis*, o *ius exponendi*, o *ius vendendi* e o *ius noxae dandi*, ou sejam, respectivamente, os direitos de vida e de morte; de abandonar o filho infante; de vender as pessoas sob o seu poder; de livrar-se do filho que comete delito, abandonando-o em favor da parte lesada, através da *noxae deditio*. Estes poderes (direitos) do *pater* foram sendo amenizados, com o passar dos tempos, sendo os dois últimos finalmente abolidos no período imperial, por Justiniano, sob a influência da ética cristã.¹⁴

O chefe, senhor absoluto, pode ajustar a composição do grupo familiar como melhor lhe aprouver, salvo as limitações que lhe fossem impostas pelo *consilium domesticum* composto pelos *agnati* mais idosos, relativamente à exclusão de dependente pela *mancipatio* ou a adoção de estranho pela *adoptio*.

Todos os componentes da família estavam unidos pelo vínculo da *agnatio*, ou parentesco civil, eis que nos primeiros tempos irrelevante tornou-se o vínculo da *cognatio*, ou parentesco consanguíneo. Esta só veio adquirir real importância a partir de Constantino (306-337 d.C.), devido à influência da Igreja Católica, tendo havido completa reformulação com Justiniano (527-565 d.C.) e especialmente após as *Novellae* 118 e 127, deste último imperador, quando desapareceu a *agnatio* e a *cognatio* restou suficiente para disciplinar e conferir os direitos de família.¹⁵

Assim, a estrutura da família romana diverge radicalmente do núcleo humano que no direito moderno designa a família, pois enquanto naquele sistema no contexto da família incluíam-se pessoas estranhas ao ambiente familiar, na atualidade a família se forma exclusivamente pelo vínculo do parentesco consanguíneo ou civil.

3. A família perante o direito divino e direito canônico

A Igreja é considerada uma coletividade cujas características não podem ser determinadas exclusivamente com as técnicas da sociologia, porque é constituída por uma comunidade humana unida pelos vínculos sobrenaturais da fé, através da mensagem transmitida por Deus ao homem nas Escrituras.

Afirma-se a Igreja mediante uma tríplece prospectiva de povo, de comunidade e de sociedade. Como povo, reflete a imagem de Povo de Deus, reunindo toda a cristandade sob uma só estirpe, voltada para os fins supremos da salvação da alma; como comunidade, coloca em primeiro plano a solidariedade cristã, com ideais, objetos e interesses comuns; e como sociedade, apresenta-se com a feição de uma entidade estruturada de maneira unitária e organizada. Em face da conformidade perfeita e da incindibilidade dessas três noções, pode-se chegar à síntese de que é a igreja formada por um povo de índole sobrenatural que apresenta uma congênita dimensão comunitária organizada em sociedade.¹⁶

Como entidade que realiza misteres no plano místico-espiritual e no plano profano-material, sempre dispôs a igreja, no curso multimilenar de sua história, de um sistema jurídico que construiu e aperfeiçoou paralelamente ao direito secular da sociedade civil: o direito canônico. Desenvolveu-se a canonística, desde as catacumbas de Roma em estreito paralelismo ao direito romano, conviveu e até influenciou o direito bárbaro, renovou-se sob o influxo da Escola de Bolonha e projetou-se como direito moderno codificado, através dos códigos canôni-

cos de 1917, promulgado por Bento XV, pela constituição *Providentissima Mater Ecclesia*, de 27 de maio de 1917, e do atual e vigente de 1983, promulgado por João Paulo II, através da constituição *Sacrae Disciplinae Leges*, de 25 de janeiro de 1983.

O direito canônico, que é fruto de uma longa decantação de dois mil anos de vida da Igreja Católica do Ocidente, apóia-se na existência de um direito divino, no qual se distinguem um direito divino natural, que é a base da canonística e tem fonte na natureza racional da pessoa humana, como ente criado por Deus; e num direito divino positivo. Este constitui o núcleo fundamental do direito canônico e não deriva da ordem natural, mas do conjunto de fatores jurídicos concebidos por Cristo para conferir a exata dimensão de justiça à sua Igreja, na visão do homem, mas não como ser racional, suscetível de erro. É, assim, cognoscível o direito divino positivo somente através da revelação divina.¹⁷

No âmbito do direito canônico, é a família considerada pelas Escrituras como entidade de direito divino. Para a igreja, a família tem origem exclusivamente no casamento, instituição criada por Deus e elevada à categoria de sacramento, com a finalidade de santificar a união indissolúvel do homem e da mulher, visando não só à satisfação da concupiscência pelo congresso sexual, mas também, e principalmente, à procriação e educação da prole.

Devido à unidade e indissolubilidade do vínculo matrimonial, obrigatoriamente determinado no Evangelho, situa-se o casamento entre os institutos de direito divino positivo¹⁸, segundo a classificação proposta por Lombardia, referida acima. Em decorrência dessa posição multissecularmente sedimentada na Igreja Católica do Ocidente, muitos atributos do casamento são considerados de direito divino, tais como o dever de fidelidade recíproca entre os cônjuges, sustento, assistência e educação da prole, dever de proporcionar instrução religiosa e outros¹⁹.

No decorrer dos tempos, tem a Igreja sofrido contestações a respeito da sacramen-

talidade do casamento. Dentre as que produziram maiores inquietudes à doutrina eclesiástica, figuram as que resultaram das Reformas Luterana e Calvinista e que conseguiram introduzir muitas dúvidas, inclusive no seio da comunidade que professa e pratica a fé católica.

A Igreja, no entanto, no Concílio de Trento, realizado entre 1545 e 1563, reafirmou com veemência a sua convicção originária sobre o caráter sacramental do matrimônio, declarando reconhecido como tal somente o casamento religioso, realizado segundo as prescrições das codificações canônicas, estando a instituição hoje disciplinada em 111 cânones da codificação vigente²⁰.

Nos tempos modernos, vem a Igreja, através de encíclicas pontificais, colocando em relevo os papéis da família na ordem eclesiástica, através da instituição do casamento. Militam nesse sentido várias encíclicas papais, podendo-se destacar a Encíclica *Casti Connubi*, expedida em 1930, pelo Papa Pio XI, que assim se expressa: *Matrimonii finis primaris est procreatio atque educatio proles; secundarius, mutuum adiutorium et remedium concupiscentiae*²¹.

Ainda recentemente, a Carta Encíclica de João Paulo II, intitulada *Centesimus Annus*, chama a atenção do mundo católico da alerta feita à família pela Encíclica *Sollicitudo rei socialis* contra "a denominada cultura da morte", representada pelo aborto, "infelizmente tão espalhado pelo mundo", pois "a família constitui a cultura da vida"... "É necessário voltar a considerar a família como o santuário da vida"²².

Em outra passagem da mesma encíclica, ao referir-se à destruição do ambiente natural e animal, alerta o dito Pontífice que a destruição está atingindo também o ambiente humano e proclama que "A primeira e fundamental estrutura a favor da ecologia humana é a família, no seio da qual o homem recebe as primeiras e determinantes noções acerca da verdade e do bem aprende o que significa amar e ser amado e, conseqüentemente, o que quer dizer, em concreto, ser uma pessoa." E continua João Paulo

II, "Pensa-se aqui na família fundada sobre o matrimônio, onde a doação recíproca de si mesmo, por parte do homem e da mulher, cria um ambiente vital onde a criança pode nascer e desenvolver as suas potencialidades, tornar-se consciente de sua dignidade e preparar-se para enfrentar o seu único e irrepetível destino."²³

Esse verdadeiro hino de louvor à família constituída pelo casamento, que vem sendo solenemente recitado pela cultura católica, colimou sempre solidificar em bases cada vez mais firmes nessa *cellula mater*, não só da sociedade eclesial, mas também, e fundamentalmente, da sociedade civil e política, pois na ótica de sociólogos e cientistas políticos figura o núcleo familiar como a micro-estrutura social em que se apóia o Estado.

As investidas contrárias à instituição, que se verificam contemporaneamente, devem ser creditadas à materialização dos espíritos, por influência do formidável progresso tecnológico que atualmente deslumbra a humanidade, mas que não deve ir além de mais uma contingencialidade cíclica da história.

4. A família no direito moderno

No âmbito do direito moderno, a família sofre transformações. Embora ainda se verifique em algumas sociedades políticas a conservação da família patriarcal, é certo que o primitivo modelo romano, construído em torno da autoridade absoluta do *paterfamilias* não merece mais a contemplação do direito moderno. Aliás, os primeiros sinais de transformação já se constatarem no direito imperial romano, com as reformas de Justiniano, que passaram a considerar a *cognatio*, ou os vínculos sangüíneos, como pólo irradiador da formação da família, relegando a plano secundário a *agnatio*, como forma ampla, agregadora da família mediante vínculos civis.

Salvo pequenos abrandamentos da autoridade do chefe em relação aos demais membros da família, ditadas mais pela evolução operada no sentimento humano sob a inspiração do Cristianismo, do que pro-

priamente por exigência da ordem social e jurídica, a instituição familiar não logrou progressos durante os chamados "séculos mudos", que a humanidade experimentou desde a queda de Roma em 476 (deposição de Rômulo Angústulo por Odoacro), até o advento do *Studium Civile* de Bolonha, em 1.088. E mesmo com o renascimento do direito justinianeu e a renovação do direito canônico que ensejaram o surgimento do direito comum, considerado o primeiro direito comum da Cristandade²⁴ e acolhido por toda a Europa Continental, mediante o fenômeno da "recepção", não se operaram transformações sensíveis no módulo familiar, porque o princípio da *auctoritas* conservada pelo *paterfamilias* servia para acalantar o poder central de que os reis e senhores feudais eram na época tão sequiosos.

Muito embora, durante a Baixa Idade Média não se lograssem estímulos advindos da organização estatal para imprimir transformações na família, em razão das circunstâncias acima referidas, estas transformações se realizaram por força da cultura dos valores sobrenaturais e humanos por interferência da doutrina da Igreja Católica, que, não só através dos comunicados e encíclicas papais dirigidas a toda a Cristandade, mas também através dos temas conciliares tratados em um dos seus maiores concílios - o Concílio de Trento, realizado entre 1545 e 1563 - conseguiu imprimir na comunidade de fiéis a consciência do amor, do respeito mútuo e da responsabilidade de cada um dos componentes do módulo familiar para com o outro.

Além da confirmação do caráter sacramental do casamento, única instituição que, ao ver da doutrina eclesial, pode adequar-se à formação legítima da família, conseguiu aquele conclave transmitir uma sedimentação da idéia da família monogâmica²⁵, fundada no respeito recíproco entre os consortes e na concepção da absoluta igualdade dos direitos e deveres dos mesmos, propugnando ainda o episcopado conciliar, no campo patrimonial, pela adoção do regime da comunhão de bens, em antítese à completa

independência econômica, defendida por outras doutrinas.

Com o surgimento das idéias iluminísticas, segundo as quais a razão humana era a única forma de conceber o mundo, capaz de dominar a natureza e modificar a sociedade²⁶, sobreveio o repúdio à doutrina católica e com isso o enfraquecimento dos postulados humanísticos em matéria de casamento e família até então pela doutrina cristã inspirados. Com a formação do espírito individualístico e a consequente debilitação do sentimento religioso, inicia-se a decadência da antiga força unitária da família, seja mediante a proclamação da independência e igualdade dos filhos, com enfraquecimento do princípio da autoridade, seja mediante a negação do casamento religioso, que restou sujeito às leis seculares²⁷.

Essas idéias, com o advento da Revolução Francesa, calcada na tríade de princípios - *Liberté, Égalité, Fraternité* - passaram a integrar o direito político, através da Constituição francesa e Código Napoleão de 1804, que veio influenciar as codificações da Europa e da América Latina. Era o Código Civil francês a "Constituição do Indivíduo", nele refundindo-se o que se continha na "Constituição da Nação"²⁸.

Por fim, faz-se mister registrar a tendência do direito moderno em estabelecer como fator preponderante na constituição da família os vínculos da consangüinidade que se opera entre os cônjuges e sua prole, seguindo o princípio da *cognatio*, que vem desde o direito imperial justinianeu, condensado no *Corpus Iuris Civilis*.

A consequência natural dessa posição é a redução bastante acentuada do contingente familiar, pois está-se verificando nos tempos modernos uma tendência dos casais em limitar o número de filhos, seja em razão das dificuldades econômicas que se constata em vários países, seja em razão de outros fatores sociais.

5. Natureza jurídica da família

Alguns autores, dentre os quais Savatier, alimentam a concepção de que a família se

alinha entre as entidades que recebem a qualificação de pessoas jurídicas. O argumento é o de que há numerosas categorias de direitos subjetivos que a rigor não pertencem a qualquer das pessoas físicas que compõem o grupamento familiar, mas à família considerada como um corpo.

O autor refere-se a direitos extrapatrimoniais, como o direito ao nome patronímico, aos títulos e brasões da família e ao pátrio poder que é exercitado pelo pai ou pela mãe em nome da família, lembrando, ainda, como patrimoniais, os *souvenirs de famille*, o direito à sepultura familiar, que são direitos que surgem com o casamento, mas não se endereçam individualmente a nenhum membro, mas à família²⁹.

Para o direito brasileiro, a tese não pode ser acolhida, porque a personalidade jurídica provém do mandamento legal, no caso específico, emana da lei civil (Cód. Civil, art. 16), que não inclui a família entre os entes ali contemplados. Portanto, a circunstância de a família oferecer substrato fático para a constituição de uma pessoa jurídica não é o bastante, pois para a sua existência no mundo jurídico seria preciso que a lei a incluísse em tal categoria.

É de salientar-se que a maioria da doutrina civilista nega à família a natureza de pessoa jurídica, por entender que os direitos e obrigações referidos pelo autor francês pertencem a cada um dos seus componentes, e não ao núcleo familiar, como pessoa distinta deles³⁰.

6. A família no direito pátrio

É indubitável que a família moderna passa por uma profunda evolução e para isso vêm contribuindo inúmeros fatores que se acentuaram a partir da última grande guerra, quando um dos seus membros fundamentais - a mulher, esposa e mãe - partiu para trabalhar fora do lar, inicialmente para suprir a falta do marido presente nos campos de batalha e, terminado o conflito, para compensar no orçamento doméstico os influxos da economia dos países combalida pela guerra. Quando esse não tenha sido o

caso, ocorre que ordinariamente precisa a mulher exercer atividade laborativa fora do lar para auxiliar o marido a implementar as despesas da família, em razão dos desajustes que atingem o macrosistema econômico da nação, com reflexos acentuados na economia da família.

Em virtude desse afastamento da mãe do ambiente familiar, instala-se desde logo uma certa desorganização nesse pequeno núcleo social, quebrando-se muitas vezes a harmonia habitualmente reinante quando coeso se encontra o núcleo com a presença dos pais. É que em tal perspectiva, consequências correlatas se aglutinam para desestabilizar a sociedade familiar. São os filhos entregues aos cuidados de pessoas estranhas, muitas vezes fora do lar, em creches, orfanatos, organizações infantis e juvenis, que enfraquecem os elos de convivência e afetividade com os pais, sugerindo ao filho, ainda imaturo e sem personalidade formada, uma sensação de liberdade extemporânea, que o pode conduzir a sentir-se menos propenso a submeter-se à educação paterna, abstraídos, é claro, os descaminhos de conduta que tal situação poderá ensejar.

Aliados a estes, ainda outros fatores de ordem social, profissional e econômica, podem concorrer para uma nova concepção a respeito da composição e direção da família. Tais são, a participação de pais e filhos em entidades sociais, ampliação dos direitos da mulher, fazendo-a perder a dimensão dos problemas do lar, a carência de habitações, a instabilidade econômica, a baixa remuneração pelo trabalho do marido; todos esses fatores, podem, enfim, constituir afluentes que contribuem para ensejar menor estabilidade à família. Diante, pois, dessa imensa plêiade de dificuldades que rondam a unidade e a estabilidade da família moderna, pode-se repetir a frase de De Page de que a história da família nos últimos tempos reflete-se em "uma imensa e incessante liberação"³¹.

No Brasil, indubitavelmente, há uma realidade sociojurídica que oferece terreno fértil para as transformações que a família vem experimentando no último quartel deste sé-

culo. Nenhuma dúvida mais pode residir no sentido de que a grande ou numerosa família reunida sob o regime da *agnatio* romana ou da *sippe* do direito germânico³², não tem mais espaço no mundo moderno, onde surge a família conjugal³³, ou a família nuclear³⁴, centrada na triade pai-mãe-filhos, que vem substituindo a idéia da autoridade pela do companheirismo solidário e da afetividade. Sob o enfoque do respeito e sobrelevação dos direitos humanos que as codificações políticas modernas vêm consagrando e a doutrina das Igrejas Cristãs vem inspirando, transforma-se o universo familiar em sede da amizade, da solidariedade e da mútua compreensão, eis que deve a família preparar-se para enfrentar conjuntamente os embates acima denunciados, que lhe são impostos pela nova realidade social neste passo vigente³⁵.

Conquanto tais perspectivas renovadoras venham se verificando perante a realidade vigente, o nosso Código Civil, que é de 1916, apresenta a feição liberal e individualista³⁶, naquela época reinante. Concebendo ainda a família sob o modelo patriarcal, não obstante atenuado, a nossa codificação, que seguiu os parâmetros das ordenações ligadas ao sistema romano-germânico, ampara-a em quatro ordens de relações: a relação conjugal; o parentesco por consangüinidade; o parentesco afim; e o parentesco civil.

A relação conjugal é a célula-mater sobre a qual descansa a relação de filiação, formando ambas o núcleo familiar a que se convencionou chamar "família natural" porque fundada na afinidade íntima entre marido e mulher e na relação de consangüinidade que resulta da geração da prole. Este, o núcleo em que se esteia a base fundamental da família.

A relação conjugal, conquanto não seja relação de sangue, acha-se materializada numa fusão física, espiritual, afetiva, solidária, perpétua e vitalícia, que forma o verdadeiro suporte psicológico e básico da família, cercanda-a de uma relevância tal, no mundo dos valores sociais, que leva a doutrina a cantar-lhe um hino de louvor, ao

qualificá-la como "núcleo fundamental e irredutível das nações, manancial perene de virtudes privadas e públicas, miniatura do Estado... instituição milenária e universal que espíritos insensatos, desvairados e perversos têm procurado dissolver, numa progressiva relaxação, sacrificando ao egoísmo e aos vícios dos indivíduos os superiores interesses da coletividade"³⁷.

O parentesco é o vínculo que se estabelece entre pessoas que descendem uma da outra ou todas de um tronco comum, fundando-se numa comunidade de gerações. O primeiro tipo de relação parental constitui o parentesco em linha reta; o segundo, o colateral ou transversal, ou em linha oblíqua. Ambos formam o parentesco consangüíneo.

O parentesco afim, que se fixa por determinação da lei (Cód. Civil, art. 334), é o liame jurídico que se opera entre um dos consortes e os parentes consangüíneos do outro, sendo ilimitado na linha reta e restrito na linha colateral, até o segundo grau³⁸. Este não integra a família natural ou biológica.

O parentesco civil resulta da adoção e constitui-se no liame jurídico que une o adotante e o adotado. Há dois tipos de adoção: a adoção simples e a adoção plena. A primeira é regulada pelo Código Civil (arts. 368 a 378); a segunda pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13.07.90). O parentesco civil resultante da adoção, refere a lei (Cód. Civil, art. 376), limita-se às pessoas do adotante e do adotado, salvo os impedimentos matrimoniais (Cód. Civil, art. 183, III e V). Logo, não podem se casar nem o adotante com o cônjuge do adotado, nem o adotado com o cônjuge do adotante (Cód. Civil, art. 183, III). Do mesmo modo, existe impedimento dirimente ao casamento do adotado com qualquer irmão adotivo e vice-versa, relativamente à adoção plena, não se podendo fazer analogia com a adoção simples que, em regra, permitiria o casamento do adotado com o filho superveniente do adotante. Assim, pelas mesmas razões éticas que proibem o casamento entre irmãos consangüí-

neos, há que se inadmitir o casamento de irmãos adotivos, na adoção plena, devido aos estreitos vínculos de família entre ambos existentes³⁹.

O filho adotivo passa, a partir do ato de adoção (escritura pública ou sentença judicial), a integrar a família legítima, ou seja, aquela que se constitui segundo a lei⁴⁰.

O Código Civil Brasileiro admitiu originariamente a família patriarcal, porém, limitada ao "conjunto de pessoas ligadas pelo vínculo da consangüinidade, cuja eficácia se estende, ora mais larga, ora mais restritamente, segundo as várias legislações"⁴¹.

Com a evolução social e política dos tempos modernos, as constituições dos Estados vêm introduzindo sensíveis alterações na composição e organização da família, por entenderem que esta constitui o núcleo fundamental, a base sólida em que repousa toda a organização social, inclusive a do próprio Estado.

No direito político nacional, também essa evolução é admitida pela Constituição de 1988. Conserva-se a instituição da família fundada no casamento civil ou no casamento religioso com efeitos civis; proclama-se a igualdade plena de direitos entre os consortes; admite-se a dissolução do vínculo matrimonial pelo divórcio; adota-se a paridade de qualificação e de direitos entre os filhos havidos ou não no casamento.

Além disso, reconheceu a Carta Política a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, bem como a união estável entre homem e mulher, conferindo a ambas a denominação de "entidade familiar".

Desapareceram, assim, as normas discriminatórias dos direitos do chefe da família em relação aos demais membros, dando lugar à família igualitária-integrativa, na qual se verifica uma crescente personalização de todos os seus membros, criando-se direitos e deveres para o ente comunitário e para cada dos seus membros em particular, bem como conferindo-se direitos especiais aos seus integrantes mais necessitados, tais como as crianças e os idosos⁴².

Há atualmente no direito brasileiro uma nítida redução do núcleo familiar, que passa a limitar-se às pessoas dos pais e às dos filhos de qualquer classe. Repristina-se, assim, no sistema pátrio, a experiência com a *domus* romana, segundo a qual a família compreendia apenas os cônjuges e os filhos⁴³. Não mais se estende o conceito de família ao casal e a todos os seus parentes em linha reta descendente e na colateral até o 4º grau, como em tempos passados.

7. Entes afins à família

Não cogita a ordem jurídica nacional de definir o que seja família em sua acepção original e natural, nem na Carta Política, nem na legislação específica, senão de modo indireto, ao tratar longamente da relação que se instaura entre os consortes através do casamento (Cód. Civil, arts. 180 a 314), que lhe é causa, e o parentesco tanto o consangüíneo (Cód. Civil, arts. 330 a 367), como o Civil (Cód. Civil, art. 334), que lhe constituem efeitos.

A par disso, a lei civil refere-se à instituição familiar, como pólo de irradiação de direitos e credora de benefícios e garantias que lhe são conferidos, em algumas disposições esparsas. É neste sentido a ementa da chamada "Lei de proteção à família" (Dec-Lei nº 3.200/41); a instituição do bem de família (Cód. Civil, arts. 70-73); o direito de uso, que inclui entre as pessoas abrangidas pela família do usuário as pessoas dedicadas ao serviço doméstico (Cód. Civil, art. 744, III).

Por outro lado, a lei nacional cria ou reconhece a existência de entidades afins à família que a ela se equiparam ou se assemelham quanto aos fins que perseguem e quanto aos efeitos que produzem. Tais são, o concubinato, a entidade familiar e a família substituta, sendo a primeira definida pela jurisprudência, a segunda, pela lei expressa, restando a última sem definição legal.

7.1 Concubinato

A proteção que a ordem jurídica confere à família não se exaure, na atualidade, com

as disposições legais pertinentes ao casamento civil, pois existem uniões extramatrimoniais que vêm merecendo a atenção do Estado, especialmente no que diz respeito à prole delas resultante. A mais antiga relação extramatrimonial que a realidade social e histórica registra em todos os tempos é a que se identifica na figura do concubinato.

Verificam-se no seio da doutrina os mais variados e abrangentes conceitos acerca do concubinato⁴⁴. Colimando oferecer uma visão geral do instituto, capaz de abranger qualquer tipo de união concubinária, pode-se dizer que se entende por concubinato a união de fato, livre e estável entre pessoas de sexo oposto, que não querem ou não podem observar os requisitos necessários para o casamento válido.

Ao lado, pois, do casamento disciplinado, definido, estruturado e amplamente protegido pela ordem jurídica, como instituição necessária, reclamada pela ordem social e política do Estado, justapõe-se o concubinato, como entidade contingente, admitida pela sociedade e consentida pelo Estado, que lhe confere proteção jurisprudencial. Enquanto o casamento, como instituição jurídica, recebe a proteção expressa e ampla da própria lei, o concubinato, como entidade de fato, é contemplado com a tutela pretoriana.

Em primeiro lugar, há que se excluir do conceito de concubinato os encontros e uniões fugazes e fortuitas, ocorridas eventualmente para a satisfação da concupiscência sexual. Mas, abstraída essa hipótese, as uniões de fato entre homem e mulher, segundo as condições em que se realizam, podem ser classificadas em dois tipos de concubinato: puro ou impuro⁴⁵.

Materializa-se o concubinato impuro quando duas pessoas de sexo oposto, impedidas de contrair matrimônio, unem-se de fato, espontaneamente, para uma convivência comum duradoura, visando à satisfação de objetivos comuns.

Diversamente, pode-se entender por concubinato puro a união de fato espontânea, entre pessoas de sexo oposto, desimpedidas para contrair matrimônio, para uma con-

vência comum duradoura e para satisfazer objetivos comuns. Para a ocorrência deste tipo de concubinato, costuma a doutrina arrolar os requisitos seguintes: a) desimpedimento para o casamento; b) ausência de casamento civil; c) notoriedade de afeições recíprocas; d) honorabilidade e respeitabilidade da união; e) fidelidade presumida; f) aparência de casamento; g) coabitação⁴⁶.

De tal assertiva se conclui que para a materialização do concubinato impuro devem estar presentes os mesmos requisitos exigidos para o concubinato puro, salvo os dois primeiros, que com aquele são incompatíveis. Destarte, o que distingue a forma pura da forma impura na união de fato é a existência ou não de impedimento matrimonial, bem como o estado de casado dos companheiros para um e o celibato, viuvez ou divórcio para o outro tipo.

Pela composição que apresenta, reunindo em seu núcleo os companheiros e a prole eventual que dessa união advier, bem como pelas características que o assemelham ao casamento civil, pode-se conceber no concubinato puro a formação de uma família natural.

Observe-se que, nesse tipo de união de fato, a realização de qualquer atividade patrimonial pelos companheiros pode fazer surgir uma sociedade de fato, que é acolhida e deslindada pela jurisprudência, aplicando-se à mesma as regras relativas à sociedade civil (Cód. Civil, arts. 1.363 a 1.409). Tal situação, na ausência de acordo entre os interessados, deve ser declarada e desconstituída judicialmente, mediante ação de declaração e dissolução de sociedade de fato.

Por outro lado, enquanto os interesses patrimoniais e a própria convivência dos companheiros entre si são regulados pelo direito comum, ordinariamente pelo direito obrigacional, as relações com os filhos (paternidade, parentesco, pátrio poder, etc.) sujeitam-se à disciplina do direito de família; e as relações sucessórias, ao direito das sucessões, que representam secções da ordem jurídica onde a disponibilidade do direito individual é acentuadamente limitada.

7.2 Entidade familiar

Este ente afim à família surgiu no direito pátrio através da Carta Política de 1988 (art. 226, § 3º), que a criou para dar suporte jurídico a uma imensa cópia de situações fáticas em que pessoas de sexo oposto se uniam para uma convivência comum fora do casamento civil.

Tendo em vista que a Constituição definiu perfunctória e insuficientemente o novo instituto que criou, ou, diga-se melhor, juridicizou uma situação de fato desde muito sociologicamente existente, pode-se defini-la mais precisamente, entendendo-se por entidade familiar a comunidade formada por homem e mulher, que convivem em união estável, em companhia da prole que eventualmente constituírem, fora do casamento, a cujas regras não desejam se sujeitar.

Cuida-se de uma entidade de fato, em todos os tempos existente, que agora recebe o reconhecimento e a outorga jurídica do legislador constitucional, para alinhar-se como ente afim à família constituída pelo casamento civil, para produzir alguns efeitos deste e regularizar as uniões de fato que há muito já vinham logrando a benemerência e o reconhecimento da sociedade.

Parece não padecer dúvidas de que o ironicamente apelidado "casamento de segunda classe" por certa doutrina⁴⁷, vem substituir o concubinato puro, em torno do qual também se unem, espontaneamente, pessoas do sexo oposto, desimpedidas para o matrimônio, para uma convivência comum duradoura, visando a satisfazer objetivos comuns. Por isso, não parece que o instituto juridicizado e denominado pela constituição "entidade familiar" venha a abranger o chamado concubinato impuro, no qual as pessoas que o formam, por serem impedidas para o casamento, atentam flagrantemente contra a ordem pública e os bons costumes.

Também a entidade familiar, que, insiste-se, é forma juridicizada do concubinato puro, deve seguir a trilha deste no que pertine à disciplina dos interesses patrimoniais dos companheiros, fazendo surgir uma sociedade de fato, que deverá ter o tratamento

e solução que a jurisprudência pretoriana vem conferindo a esta situação, já acima referida (item 7.1).

No que diz com a tutela jurídica do novo instituto que se contrapõe ao casamento civil, na qualidade de união preordenada pelo direito de família, é lícito e coerente concluir-se que às pessoas dos companheiros não se aplicam as normas reguladoras do regime matrimonial, não só porque os próprios sujeitos dessa nova figura, ao deixarem de optar pelo casamento que lhes era lícito realizar, deliberadamente se esquivaram dessa regência específica, como também porque o direito de família constituído por normas cogentes, tuteladoras da ordem pública que resguardam a instituição do matrimônio, não se amolda à regência dessa nova figura, onde a manifestação de vontade dos seus participantes é inteiramente livre e não sofre os influxos da mesma ordem pública.

De outro modo, no que diz com as relações dos pais com os filhos que dessa união de fato advierem (paternidade, parentesco, pátrio poder, sucessão, etc), deverão as mesmas receber a tutela do direito de família, e do direito sucessório que lhes são inteiramente aplicáveis.

Em razão disso, há de se concluir que a entidade familiar, como o concubinato puro, estão sujeitos à tutela jurídica dúplici, pois de um lado, os interesses dos companheiros entre si, recebem a tutela do direito privado comum (obrigacional); de outro, a relação dos pais com os filhos é regulada pelos direitos especiais de família e de sucessão, onde aparece o interesse público que se sobrepõe ao particular.

Outrossim, elevou o legislador constitucional à categoria de entidade familiar outra situação fática. Tal é a comunidade formada por qualquer dos pais individualmente e os respectivos descendentes havidos fora do casamento (Constituição Federal, art. 226, § 4º).

8. Família substituta

Instituição de notável significação social, que a ordem jurídica nacional acaba de

admitir, é a família substituta, fazendo-o com a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, arts. 28 a 32).

Entende-se por família substituta aquela que, como o próprio nome diz, substitui a família natural, acolhendo menor que restar desprotegido por extinção de sua família originária ou em estado de abandono, com o objetivo de oferecer-lhe proteção familiar, social e jurídica, seja na condição de simples protegido - como na guarda e na tutela - seja na qualidade de filho, pelo vínculo civil da adoção plena.

Constituem a guarda, a tutela e a adoção plena os instrumentos adequados a ensinar a colocação em família substituta o menor carente de família natural ou em estado de abandono, dispõe o artigo 28 da referida lei especial⁴⁸.

Contrapõe-se a família substituta à família natural, pois enquanto esta se constitui efetivamente pelos vínculos consanguíneos que unem afetiva, social e juridicamente pais ou qualquer deles aos filhos, na família substituta a união se opera mediante os vínculos civis da guarda, da tutela e da adoção plena.

Notas

¹ Sobre as distinções entre o direito natural clássico e os sistemas racionalistas e individualistas, V. José Pedro Galvão de Souza - *Direito natural, Direito positivo e Estado de Direito*, págs. 5-13, Edição RT, São Paulo, 1977. Acerca da família perante o direito, v. Ferdinando Puglia - *Saggi di Filosofia Giuridica*, págs. 125-150, Ed. Ernesto Anfossi, Napoli, 1885.

² Sobre a teoria darwinista, V. Andre Lalande - *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*, págs. 201-202, 17ª Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 1991.

³ Pontes de Miranda - *Tratado de Direito Privado*, Tomo VII, § 760, nº 5, p. 175, Editor Konfino, Rio, 1971.

⁴ Eduardo Espinola - *A Família no Direito Civil Brasileiro*, págs. 7-8, Ed. Gazeta Judiciária, Rio, 1954.

⁵ MC-Lennan, *apud* Pontes de Miranda - *Tratado de Direito Privado*, cit., § 761, nº 2, págs. 177-178.

⁶ Eduardo Espinola - *A Família no Direito Civil Brasileiro*, cit., págs. 7-10.

⁷ Cogliolo - *Filosofia do Direito Privado*, *apud* Eduardo Espinola - *A Família no Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 10, nota 7.

⁸ A respeito do assunto, V. Arnold Wald - *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. IV - *Direito de Família*, nº 5, págs. 25-26, 7ª Edição RT, São Paulo, 1990; Eduardo Espinola - Ob. cit., p. 10, nota nº 7; Álvaro Villaça Azevedo - Ementa "Família" in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Vol. 36, págs. 258-263, Ed. Saraiva, São Paulo, 1979.

⁹ Eduardo Espinola - *Idem - Ibidem*.

¹⁰ Cunha Gonçalves, Luiz da - *Tratado de Direito Civil*, vol. I, tomo 1, nº 33, pág. 255, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1955. Outros autores participam da mesma idéia: Clóvis Beviláqua - *Direito de Família*, § 2º, pág. 7, Ed. Ramiro Costa & Cia., Recife, 1896; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, cit., Vol. 7, § 762, págs. 173-174.

¹¹ Alexandre Correia e Gaetano Sciascia - *Manual de Direito Romano*, § 50, pág. 95, Edição Série Cadernos Didáticos - Livros Cadernos Ltda., Rio de Janeiro.

¹² Émile Benveniste - *Le Vocabulaire des Institutions Indo-Européennes*, Vol. I, Economie, Parenté, Société, págs. 209-211, Les Éditions de Minuit, Paris, 1969, *apud* Cláudio de Cicco - *Direito: Tradição e Modernidade*, págs. 22-23, Icone Editora, São Paulo, 1993.

¹³ Numa Denis Fustel de Coulanges - *La Cité Antique*, pág. 93, Édition Hachette, 1881 *apud* Cláudio de Cicco - *Direito: Tradição e Modernidade*, cit., pág. 22.

¹⁴ Alexandre Correia e Gaetano Sciascia - Ob. cit., § 51, págs. 96-100; Emilio Betti - *Istituzioni di Diritto Romano*, Vol. I, §§ 29-34, págs. 48-61, Edizione CEDAM, Padova, 1942; Gaetano Scherillo - *Corso di Istituzioni di Diritto romano*, vol. I, § 13, nºs 29-33, págs. 180-213, Ed. La Goliardica, Milano.

¹⁵ Gaetano Scherillo - *Corso di Istituzioni*, cit., Vol. I, § 13, nºs 29-31, págs. 180-201; Eugène Petit - *Tratado Elemental de Derecho Romano*, trad. esp., nºs 79-80, págs. 136-139, Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1970.

¹⁶ Pedro Lombardia - *Lezioni di Diritto Canonico*, Parte generale, nºs 1 a 4, págs. 1-8, Giuffrè Editore, Milano, 1985.

¹⁷ Pedro Lombardia - Ob. cit., nº 4, págs. 8-15; Antonio Vitale - *Corso di Diritto Ecclesiastico*, nºs 38 e 39, págs. 302-305, Giuffrè Editore, Milano, 1989.

¹⁸ Antonio Garcia y Garcia - *Historia del Derecho Canónico*, pág. 34, Edição do Instituto de Historia de la Teologia Española, Salamanca, 1967.

¹⁹ É incluído como instituto tutelado pelo direito divino positivo o do pátrio poder dos pais em relação à pessoa do filho, segundo o Prof. Cláudio de Cicco - *Direito: Tradição e Modernidade*, cit., p. 51.

²⁰ Ver *Código de Derecho Canónico*, Cânones 1.055 a 1.165, Edición Bilingüe Comentada bajo la dirección de Lamberto de Echeverria, Edición Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1985.

²¹ A transcrição desse trecho da Encíclica *Casti Connubii*, de Pio XI, está em Silvio Rodrigues - *Direito Civil*, Vol. 6, pág. 21, 17ª Edição Saraiva, S. Paulo, 1991.

²² Papa João Paulo II - Carta Encíclica *Centesimus annus*, trad. portuguesa, nº 39, pág. 74, Edições Paulinas, São Paulo, 1991.

²³ Papa João Paulo II - Ob. cit., nºs 38 e 39, págs. 72-74.

²⁴ Sobre o assunto, V. Biondo Biondi - *Diritto e Processo nella Legislazione Giustiniana*, in *Scritte Giuridici*, Vol. II, págs. 563-565, Giuffrè Editore, Milano, 1965.

²⁵ Existe o casamento poligâmico em alguns países do mundo árabe. Porém, estão estes sujeitos à doutrina da Igreja Católica do Oriente, que sobre o assunto desfruta de posição doutrinária diversa e dispõe inclusive de codificação canônica própria.

²⁶ Acerca da doutrina iluminística, V. Miguel Reale - *Filosofia em São Paulo*, págs. 84-88, Editora Grijalbo, São Paulo, 1976; Claudio de Cicco, *Direito: Tradição e Modernidade*, cit., pág. 138; Henrique Nielsen Neto, *Filosofia Básica*, págs. 246-256, Atual Editora Ltda., São Paulo, 1991.

²⁷ Antonio Chaves - *Tratado de Direito Civil*, Vol. 5, tomo I, págs. 15-20, Edição RT, São Paulo, 1991.

²⁸ Sobre o tema, dispõe amplamente o Prof. Cláudio de Cicco, *Direito: Tradição e Modernidade*, cit., págs. 137-141.

²⁹ Savatier - *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui*, nº 127, 2ª Edição, Paris, 1952, *apud* Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, Vol. 6, nº 1, págs. 6-7, 17ª Edição Saraiva, São Paulo, 1991.

³⁰ Cunha Gonçalves, Luiz da - *Tratado de Direito Civil*, cit., nº 34, págs. 241-243; Theodor Kipp y Martin Wolff - *Tratado de Derecho Civil - Derecho de Familia*, trad. esp., Tomo IV, 1º, § 1, págs. 1-10, Ed. Bosch, Barcelona, 1979; Silvio Rodrigues - *Direito Civil*, cit., Vol. 6, nº 1, págs. 6-7, nota nº 2.

³¹ Sobre o assunto, consulte-se Antonio Chaves - *Tratado de Direito Civil*, cit., Vol. 5, tomo 1, págs. 18-19.

³² A respeito da *sipe* do direito alemão, V. Heinrich Lehmann - *Derecho de familia*, trad. esp., Vol. IV, § 1º, pág. 11, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953; Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, cit., Vol. I, tomo 1º, págs. 242-243.

³³ A expressão é usada por Pinto Ferreira - *Dicionário de Sociologia*, pág. 114, Edição José Bushatsky Editor, São Paulo, 1977.

³⁴ Carlos Alberto Bittar, *O Direito Civil na Constituição de 1988*, pág. 61, Edição RT, São Paulo, 1988.

³⁵ Marco Aurélio S. Viana - *Curso de Direito Civil*, Vol. 2, págs. 19-21, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1993.

³⁶ Acha-se o nosso Código Civil de 1916 influenciado pelo liberalismo-individualístico reinante na época de sua edição, segundo a ótica do Prof. Cláudio de Cicco - *Direito: Tradição e Modernidade*, cit., págs. 137-139.

³⁷ Cunha Gonçalves, Luiz da - *Tratado de Direito Civil*, cit., Vol. I, Tomo 1, pág. 243.

³⁸ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. 5º, págs. 244 e 251, Edição Saraiva, São Paulo, 1985.

³⁹ Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, cit., Vol. 6, págs. 43-44.

⁴⁰ Paulo Lúcio Nogueira, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, pág. 35, Edição Saraiva, São Paulo, 1991.

⁴¹ Clóvis Beviláqua - *Direito de Família*, § 1º, pág. 3, Ramiro M. Costa & Cia. Editores, Recife, 1896.

⁴² Acerca da outorga desses direitos particulares e especiais pela Constituição de 1988, V. Carlos Alberto Bittar, *O Direito Civil na Constituição de 1988*, cit., págs. 59-67.

⁴³ Eduardo Espinola, *A Família no Direito Civil Brasileiro*, cit., pág. 8 e nota nº 4.

⁴⁴ Maria Helena Diniz, ao conceituar o concubinato, diz que "consiste o concubinato numa união livre e estável de pessoas de sexo diferente, que não estão ligadas entre si por casamento civil" (V. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. 5º, pág. 205, Edição Saraiva, São Paulo, 1985), enquanto Silvio Rodrigues define o mesmo, dizendo que o concubinato pode ser caracterizado "como a união do homem e da mulher, fora do matrimônio, de caráter estável, mais ou menos prolongada, para o fim da satisfação sexual, assistência mútua e dos filhos comuns e que implica uma presumida fidelidade da mulher ao homem". (V. *Direito Civil*, cit., vol. 6, pág. 271).

⁴⁵ Maria Helena Diniz - *Curso de Direito Civil Brasileiro*, cit., vol. 5º, pág. 223.

⁴⁶ Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, cit., vol. 6, pág. 270; Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, cit., 5º Vol., págs. 223-225.

⁴⁷ Cf. Arnold Wald, *Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família*, pág. 36, 7ª edição, RT, São Paulo, 1990.

⁴⁸ Paulo Lucio Nogueira, *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, págs. 37 e segs., Edição Saraiva, São Paulo, 1991.

Bibliografia

Azevedo, Álvaro Villaça - Ementa *Família*, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 36, Edição Saraiva, São Paulo, 1979.

Beviláqua, Clóvis - *Direito de Família*, Ed. Ramiro M. Costa & Cia. Editores, Recife, 1896.

Biondo Biondi - *Diritto e Processo nella Legislazione Giustiniana*, in *Scritti Giuridici*, Vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1965.

Bittar, Carlos Alberto - *O Direito Civil na Constituição de 1988*, Edição RT, São Paulo, 1988.

Chaves, Antonio - *Tratado de Direito Civil*, Vol. 5, tomo 1, Edição RT, São Paulo, 1991.

- Cogliolo, Pietro - *Filosofia do Direito Privado*, trad. portuguesa de Eduardo Espinola, apud Eduardo Espinola - *A Família no Direito Brasileiro*, Ed. Gazeta Judiciária, Rio, 1954.
- Correia, Alexandre e Sciascia, Gaetano - *Manual de Direito Romano*, Edição Série Cadernos Didáticos - Livros Cadernos Ltda., Rio de Janeiro.
- Cunha Gonçalves, Luiz da - *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, tomo I, Ed. Max Limonad, São Paulo, 1955.
- De Cicco, Cláudio - *Direito: Tradição e Modernidade*, Icone Editora, São Paulo, 1993.
- Diniz, Maria Helena - *Curso de Direito Civil Brasileiro*, Vol. 5º, Edição Saraiva, São Paulo, 1985.
- Echeverria, Lamberto - *Código de Derecho Canónico*, Edição Bilingüe Comentada, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos (BAC), Madrid, 1985.
- Émile Benveniste - *Le Vocabulaire des Institutions Indo-Européennes*, Vol. I, Economie, Parenté, Société, Éditions de Minuit, Paris, 1969, apud Cláudio de Cicco - *Direito: Tradição e Modernidade*, cit., págs. 22-23.
- Espinola, Eduardo - *A Família no Direito Brasileiro*, Ed. Gazeta Judiciária, Rio de Janeiro, 1954.
- Fustel de Coulanges, Numa Dénis - *La Cité Antique*, pág. 93, Édition Hachette, Paris, 1881, apud Cláudio de Cicco - *Direito: Tradição e Modernidade*, cit., pág. 22.
- Galvão de Souza, José Pedro - *Direito Natural, Direito Positivo, Estado de Direito*, Edição RT, São Paulo, 1977.
- Garcia y Garcia, Antonio - *Historia del Derecho Canónico*, Edição Instituto de Historia de la Theologia Española, Salamanca, 1967.
- João Paulo II - *Carta Encíclica Centesimus Annus*, trad. portuguesa, Edições Paulinas, São Paulo, 1991.
- Kipp, Theodor y Wolff, Martin - *Tratado de Derecho civil - Derecho de Familia*, trad. esp., Vol. IV, Editorial Bosch, Barcelona, 1979.
- Lalande, André - *Vocabulaire Technique et Critique de la Philosophie*, 17e. Édition, Presses Universitaires de France, Paris, 1991.
- Lehmann, Heinrich - *Derecho de Familia*, trad. espanhola, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.
- Lombardia, Pedro - *Lezioni di Diritto Canonico, Parte Generale*, Giuffrè Editore, Milano, 1985.
- Nielsen Neto, Henrique - *Filosofia básica*, Atual Editora Ltda., São Paulo, 1991.
- Nogueira, Paulo Lúcio - *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, Edição Saraiva, São Paulo, 1991.
- Petit, Eugène - *Tratado Elemental de Derecho Romano*, Editorial Albatroz, Buenos Aires, 1970.
- Pinto Ferreira, Luiz - *Dicionário de Sociologia*, Ed. José Bushatsky Editor, São Paulo, 1977.
- Pontes de Miranda - *Tratado de Direito Privado*, tomo VII, Edição Konfino, Rio de Janeiro, 1971.
- Puglia, Ferdinando - *Saggi di Filosofia Giuridica*, Ed. Ernesto Anfossi, Napoli, 1885.
- Reale, Miguel - *Filosofia em São Paulo*, Editora Grijalbo, São Paulo, 1976.
- Rodrigues, Silvio - *Direito Civil*, Vol. 6, 17ª Edição, Saraiva, São Paulo, 1991.
- Savatier, René - *Les Métamorphoses Économiques et Sociales du Droit Civil d'Aujourd'hui*, 2e. Édition, Paris, 1952, apud Silvio Rodrigues - *Direito Civil*, cit., págs. 6-7 e nota nº 2.
- Scherillo, Gaetano - *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, vol. I, Ed. La Goliardica, Milano.
- Sciascia, Gaetano e Correia, Alexandre - *Manual de Direito Romano*, Edição Série Cadernos Didáticos - Livros Cadernos Ltda., Rio de Janeiro.
- Viana, Marco Aurélio S. - *Curso de Direito Civil*, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 1993.
- Vitale, Antonio - *Corso di Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè Editore, Milano, 1989.
- Wald, Arnoldo - *Curso de Direito Civil Brasileiro - Direito de Família*, Vol. IV, Edição RT, São Paulo, 1990.
- Wolff, Martin y Kipp, Theodor - *Tratado de Derecho Civil - Derecho de Familia*, trad. esp., Vol. IV, Ed. Bosch, Barcelona, 1979.

Efetividade e processo cautelar

Comunicação apresentada ao II Congresso Brasileiro de Direito Processual, Porto Alegre, agosto/1993

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Professor da Faculdade de Direito da UFRGS

1. A distância entre a mera proclamação e a tutela efetiva do direito, com meios eficazes e expeditos, constitui um dos problemas cruciais do processo civil de nossa época. Não é suficiente que a Constituição apregoe a República Federativa do Brasil como um Estado Democrático de Direito (art.1º, *caput*), ou assegure a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*). Tampouco satisfaz a simples garantia, no plano do verbo, de acesso ao Poder Judiciário para a apreciação de qualquer *lesão ou ameaça a direito* (art. 5º, XXXV). Tudo isso será ilusório se o usuário da Justiça não puder obter a satisfação de sua pretensão com um custo razoável, proporcional às suas posses e ao objeto do litígio, e em tempo adequado para que a demora não transforme a justiça em injustiça.

O problema se agudiza especialmente em termos brasileiros, face à crônica desproporção entre o número de magistrados e a quantidade de causas, a que vem se somar a proverbial escassez dos recursos destinados à administração da justiça. A questão dos meios mostra-se particularmente grave por dificultar o recrutamento de novos juízes e, como regra, obstaculizar o acesso a instrumentos e equipamentos mais modernos, a remuneração condigna o aperfeiçoamento dos auxiliares do juiz, especialmente daqueles locados em primeiro grau de jurisdição. Se adicionarmos ao quadro a queda vertiginosa da qualidade de ensino e a profunda crise por que atravessa a sociedade brasileira, já beirando à barbárie, o panorama não é dos mais animadores.

O Poder Judiciário resiste como pode, mas não consegue evitar, em todos os seus níveis (com variações regionais e dependendo do grau de jurisdição) permanente atraso na entrega da prestação jurisdicional. Trate-se de processo ordinário, de execução ou mesmo cautelar o resultado é um só: o término da atividade não isentará o jurisdicionado, na melhor das hipóteses, de vários anos de tortura e sofrimento (para tanto, bastará o contendor renitente esgotar a fantástica gama de recursos oferecidos pelo sistema), tempo suficiente *de per se* para desterrar qualquer veleidade de efetividade da Justiça.

Todavia, mesmo abstraída a crise e a situação patológica, põe-se de qualquer modo em cheque a questão da efetividade, em razão do tempo normalmente necessário para a emissão do ato sentencial ou material de execução, a pressupor regular ouvida das partes, instrução probatória mais ou menos dilatada, reflexão do juiz, etc. Por mais que se acelere o processo ordinário, executivo ou cautelar, sempre se verificará um déficit; pelos meios normais, jamais a satisfação da pretensão poderá ser tempestiva se houver urgência.

2. Essa dura realidade conduziu à hiperatividade do processo cautelar, diríamos melhor da liminar, o principal, senão o único, instrumento do sistema jurídico brasileiro capaz de dar uma solução rápida e expedita para o conflito, em presença da possibilidade de dano à situação material e antes da certeza decorrente da declaração definitiva do direito. A amplitude com que se concebeu, na prática judiciária brasileira

nesses vinte anos de vigência do Código de 1973, a aplicação do processo cautelar, tem sido objeto de constante meditação por parte da doutrina¹.

A meu ver, dentro do contexto específico da realidade brasileira, impõe-se realçar com mais força o valor da efetividade. O provimento cautelar, inclusive liminar, deve ser imitado, mesmo à custa de uma satisfação provisória, se a situação perigosa só pode ser evitada ou minimizada com a antecipação dos efeitos da futura sentença de mérito. A tanto, aliás, autoriza o Código de 1973, ao facultar ao juiz *determinar as medidas adequadas* para a prevenção do dano. Entre as duas concepções opostas que se digladiam nessa matéria, uma exigindo a contraposição dos interesses em conflito, outra privilegiando quem se apresente como provável titular do direito, inclino-me pela segunda, quando, sublinho, outra solução não puder ser encontrada para evitar o prejuízo. Claro está que, tanto quanto possível, o juiz deverá procurar minimizar os danos da contraparte. Nos casos-limites, contudo, embora o possível efeito danoso ao interesse do demandado, não se configure um emprego abusivo da cautela, se efetivamente presentes os pressupostos indispensáveis à sua concessão². Parece-me feliz a esse respeito a aguda observação de um estudioso italiano, Ferruccio Tommaseo, que vale a pena reproduzir: "...o legislador prefere seja evitado um prejuízo irreparável a direito cuja existência apareça provável, ainda ao preço de provocar um dano irreversível a um direito que, em sede de concessão da medida cautelar, aparece ao invés improvável: em outros termos, o direito provável prevalece sobre o direito improvável³".

Nem por assim entender menosprezo, no entanto, as garantias próprias do processo de conhecimento, tanto na forma ordinária quanto na sumária, o qual não considero um mal em si mesmo, mas uma conquista da humanidade, principalmente depois de despido das inúteis e inúmeras formalidades do direito comum, assim como a democracia, notadamente depois dos sucessos do leste europeu, demonstrou

ter ultrapassado a fronteira meramente ideológica, consagrando-se como real valor a ser preservado. A esse respeito, assoma-me perigosa a minimização sistemática do procedimento ordinário, pois pode conduzir ao desprezo total do próprio processo de conhecimento. E, queira-se ou não, ainda com todas as suas imperfeições, a função processual de conhecimento continua sendo o remédio por excelência para a declaração definitiva dos direitos, com a certeza daí decorrente, também ela um valor não desprezível.

Acontece apenas que, na situação emergencial, o valor certeza cede passo ao valor segurança, como que aguardando a sua vez. Essa autonomia, porém, é relativa. Certamente, o processo cautelar satisfaz a pretensão à segurança (destinado como está a eliminar ou minimizar o perigo), mas o juízo de probabilidade, notadamente com referência ao *fumus boni iuris*, predestina-se a ser reexaminado ulteriormente em processo de cognição plena e exauriente⁴.

E a minha convicção, de privilegiar em casos tais o valor segurança, reforçou-se quando me dei conta das peculiaridades do sistema jurídico brasileiro, em muito superior, nessa matéria, ao europeu-continental. Basta testificar o tormento da doutrina italiana, antes da Lei nº 353 de novembro de 1990, com a ausência de qualquer recurso contra a concessão das chamadas providências de urgência e as perplexidades quanto à possibilidade de revogá-las, suspendê-las ou modificá-las antes da sentença de mérito⁵.

Entre nós, previu o Código de 1973 a revogabilidade ou modificabilidade "a qualquer tempo" (art. 807, 2ª parte), seguindo na esteira do estatuto de 1939 (art. 687), e o emprego do recurso de agravo de instrumento (art. 522). Mas, além disso, a nota diferencial mais importante encontra-se no relevantíssimo instituto do mandado de segurança e o seu ágil emprego pelos aplicadores do direito, a alterar totalmente os termos do problema. Com efeito, confere incrível e inesperada manejabilidade ao sistema a possibilidade de imediata revisão do

provimento liminar do juiz por tribunal de segundo grau, também por provimento liminar, podendo, a sua vez, este provimento liminar ser revisto pelo órgão colegiado na próxima sessão⁶, sujeitando-se a decisão dele emanada ao controle dos tribunais superiores, por meio de recurso especial ou extraordinário, acoplando-se-lhe medida cautelar com pedido de liminar⁷.

Dessa forma, os possíveis inconvenientes decorrentes da emissão da ordem liminar, corporificadora da garantia constitucional do acesso à jurisdição, mas em aparente infringência à garantia do contraditório, em muito se minimizam, senão desaparecem. Faculta-se, destarte, um autêntico contraditório imediato, não apenas o diferido mencionado pela doutrina europeia, como também e sobretudo pronto controle por pelo menos duas instâncias sucessivas superiores. Essa circunstância, além de se prestar à fiscalização externa (friso externa) dos interesses contrapostos, reprime os eventuais abusos, adequando o instrumento à sua finalidade essencial. Por tal razão, penso eu, os repertórios brasileiros de jurisprudência, como se revela a acompanhamento mais atento, vêm concedendo cada vez menos espaço à jurisdição cautelar. De certa maneira, a instantânea e amplíssima oportunidade de reexame da liminar aplanou as questões práticas mais angustiantes.

3. No plano teórico, de qualquer sorte restam ainda por elucidar de modo mais completo algumas questões valiosas, cuja análise exaustiva seria descabida nessa sede.

Talvez a mais relevante indagação diga respeito à própria natureza da providência que, ao prevenir ou eliminar o dano (sem dúvida alguma a nota mais característica da tutela cautelar⁸), ao mesmo tempo satisfaz, às vezes de modo irreversível, no plano fático, e sobre a qual quero tecer algumas considerações.

Continuo pensando que o conteúdo decisório de uma providência não depende de circunstâncias externas, qual seja a irreversibilidade fática que dela possa decorrer. O que interessa é o caráter formal, isto é, a idoneidade para adquirir autoridade de

coisa julgada e a conseqüente imutabilidade da concretização realizada pela sentença. Ora, a verdadeira e própria sentença cautelar jamais conterá suficiente dose de declaração, em virtude da peculiar cognição do juiz, a se estender apenas à aparência do direito, pela instantaneidade de prevenção do dano e, ainda assim, em juízo de mera verossimilhança. Não se entenda, porém, que inexista conteúdo declaratório na atividade jurisdicional cautelar. Também aqui o juiz aplica a norma de caráter geral ao caso concreto. O problema é a *extensão* dessa cognição. Certeza sobre a relação jurídica material litigiosa somente haverá em processo de conhecimento, acelerado ou não⁹. Ora, se assim é, por mais que se procure relegar a segunda plano a importância do processo de cognição, não há como equiparar a irreversibilidade fática com a imutabilidade operativa da coisa julgada material, ante a consubstancial diversidade funcional e estrutural entre ambas. Não se pode confundir o efeito prático com o efeito jurídico, que é no fundo o que interessa ao direito, todo feito de eficácias jurídicas. Com a satisfação da pretensão à segurança, que não é sexta classe de pretensão, não se satisfaz a pretensão à declaração, nem se diz a última palavra sobre condenação, constituição, mandamento ou execução¹⁰.

De qualquer modo, é realmente atraente e sedutora, *de lege ferenda*, a importante elaboração doutrinária de Ovídio A. Baptista da Silva e Luiz Guilherme Marinoni, incluindo a antecipação provisória numa nova categoria, denominada sugestivamente tutela de urgência, fora da tutela cautelar estritamente considerada. Não posso deixar de constatar, no entanto, a identidade de função e estrutura entre ambas. As duas visam, com efeito, à prevenção do dano, são concedidas mediante cognição sumária, em juízo de probabilidade, sem produzir a respectiva sentença coisa julgada material. É certo que aqui se torna menos visível a dependência em relação à futura sentença de mérito, embora de todo inafastável, por necessariamente provisório o provimento de urgência, sujeito a ser revogado se desfa-

vorável o resultado do processo definitivo. Diversa se exhibe tão-somente a natureza do receio de lesão, que resulta na hipótese da própria demora do procedimento e em razão da valia do interesse a resguardar. No sistema positivo atual, contudo, penso que esse tipo de pretensão emergencial só pode desaguar na vala comum do processo cautelar, em face da ampla autorização contida nos arts. 798 e 799 do CPC.

Não se passa o mesmo, no entanto, com certas medidas a que, equivocadamente, atribui-se caráter cautelar, como a maioria das provisionais dos arts. 888 e 889 do estatuto de 1973. O juiz que regula o direito de visita de um dos progenitores, que decide sobre a guarda dos filhos, oficia em ação principal, com rito sumário, dotada de liminar¹¹, mas sem qualquer restrição de monta ao meios empregados pelas partes na defesa de seus pontos de vista.

4. Por fim, entendo útil, ainda que *en passant*, pela angústia do tempo, comentar rapidamente algumas sugestões de *iure condendo*, especialmente ante a cardinal contribuição da doutrina brasileira nestes dois decênios de vigência do estatuto de 1973.

Para começo de conversa, arranque-se do Código todo preconceito com as medidas nominadas de constrição, a exemplo do arresto e do seqüestro, grilhetados servilmente por abstrusas exigências, em obediência ao modelo do velho Código de Processo Civil de São Paulo e das Ordenações do Reino. Aqui, basta lançar os olhos para o próprio Código de 39 que, superiormente, limitava-se sem qualquer adjetivação a permitir o arresto e o seqüestro (art. 676, I e II), ou para a experiência de outros povos, como a do Código de Processo Civil português, que se basta, no concernente à primeira medida, com o *receio de perda da garantia patrimonial* e a dedução de *factos que tornam provável a existência do crédito e justificam o receio invocado* (art. 403, nº 1). Reordene-se, outrossim, o capítulo dos procedimentos cautelares específicos, dele extirpando-se o que não é cautelar.

Acentue-se a sumarização e a possibilidade de liminar na tutela jurisdicional dife-

renciada, estabilizando-se o resultado nela alcançado, não só para as autênticas medidas provisionais (muitas delas arroladas no art. 888), como especialmente para os direitos em cujo conteúdo ou função predomine o caráter não-patrimonial, a representar momentos de liberdade - formal ou substancial - ou, ainda, se destinados a atender necessidades primárias.

Dispense-se de processo independente e atuação em separado as autênticas cautelas asseguratórias, pois, na generalidade dos casos, como a praxe brasileira comprova, reduzem-se à liminar e se submetem ao contraditório sucessivo do mandado de segurança. Nas cautelas antecipatórias, instaure-se, sempre que possível, a necessidade de ouvida relâmpago, até oral, da outra parte, antes de emitida a liminar, devendo o respectivo provimento judicial, pena de nulidade absoluta, ser sempre fundamentado, não servindo para esse efeito a fórmula vaga e genérica de estarem atendidos os pressupostos.

Amplie-se o poder do juiz brasileiro para regular temporariamente uma relação jurídica litigiosa. Por fim, estabeleça-se a possibilidade de *antecipação* liminar da tutela jurisdicional, mesmo quando inexistente receio de lesão, se demonstrado na inicial o direito líquido e certo do demandante e documentalmente comprovados os fatos pertinentes.

De qualquer modo, concludo, os lidadores práticos do direito brasileiro e aqueles que, no silêncio de seu gabinete, dedicaram-se a refletir sobre a tutela cautelar, souberam com inteligência e sagacidade conviver com essa rica problemática e, de uma maneira ou outra, encontrar resposta adequada para as copiosas e complexas dificuldades oferecidas por regulação tão delicada.

Notas

¹ Impõe-se destacar o labor de Galeno Lacerda, Calmon de Passos, Humberto Theodoro Júnior, e especialmente a obra de Ovídio A. Baptista da Silva, o jurista brasileiro que mais se tem dedicado ao tema. Devem ser mencionadas, ainda, excelentes monografias recentes sobre o assunto, especialmente as (pela ordem de

edição) de Alcides Alberto Munhoz da Cunha, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Seiji Shimura, Marcos Vinicius de Abreu Sampaio e Betina Rizzato Lara, oriundas, com exceção da primeira, dos Cursos de Pós-Graduação da PUC de São Paulo.

² Fugiria ao tema o exame do emprego abusivo da cautela, a exemplo da obtenção de providência não congruente com a decisão definitiva ou excedente dos limites desta.

³ Ferruccio Tommaseo, *I Provvedimenti d'Urgenza (struttura e limiti della tutela anticipatoria)*, Padova, Cedam, 1983, pág. 155.

⁴ Não me parece convincente a defesa da autonomia plena da tutela cautelar realizada por Ugo Rocco, *Trattato di Diritto Processuale Civile*, V. 2ª ed. acrescida, Torino, Utet, 1966, nº 12, págs. 58-63, esp. pág. 60, ao argumento de que nem sempre o provimento definitivo será favorável e, nesta hipótese, em sendo contrário a quem requereu a providência cautelar, não se poderia falar de instrumentalidade, restando apenas como único e solitário provimento emitido o provimento-meio. Na realidade, também aí ressaia a dependência: exatamente pelo fracasso ocorrido na demanda principal, o provimento-meio não sobrevive, e há de ser revogado. O meio-fim, a instrumentalidade, tem duas mãos, como sempre ocorre com o fenômeno processual, pela incerteza consubstancial ao direito litigioso.

⁵ Ver por todos, a respeito do ponto, Crisanto Mandrioli, *Corso di Diritto Processuale Civile*, III, 6ª ed., Torino, Giapichelli, 1987, págs. 301-303.

⁶ A regra de que o agravo regimental deve ser julgado na próxima sessão do órgão colegiado encontra-se em quase todos, senão todos, Regimentos internos das cortes brasileiras.

⁷ Tanto o STF quanto o STJ têm admitido a atribuição de efeito suspensivo ao recurso extraordinário ou

especial, por meio de medida cautelar, se reunidos os requisitos de toda tutela cautelar (*v.g.*, STF, RTJ, 77/357, RT 613/258, RTJ, 110/458; RSTJ, 12/433, 13/215, 25/273) e até em relação ao agravo de instrumento interposto da decisão negatória de seguimento (STJ, 3ª Turma, Pet. 128-RJ, rel. Min. Dias Trindade, DJU 16.9.91, pág. 12.663) ou quando o recurso, embora interposto, não tenha subido ao tribunal, por não apreciada ainda sua admissibilidade na corte de origem (STJ-4ª Turma, Pet. 298-2-RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 31.8.92, pág. 13.649). Entendimento diverso, porém, e a meu parecer menos correto, adota o STF, ao não admitir o emprego da tutela cautelar enquanto não apreciado o recurso pela presidência do tribunal *a quo* (Pet. 150, RTJ, 116/428; Pet. 260, DJU 27.5.88; Pet. 510-4-MG, DJU 27.9.91). A necessidade instantânea de prevenção do dano, que caracteriza toda tutela cautelar, não se compadece com tal espera, se presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

⁸ Já em 1986, havia entrevisto na prevenção do dano, a constituir sua própria razão de ser, a nota mais característica e marcante do processo cautelar: "*Todo processo cautelar, por hipótese, está predisposto a essa finalidade essencial: satisfazer, em termos jurisdicionais, a pretensão à segurança.*" (Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Considerações sobre a Tutela Cautelar*, AJURIS, 37 (1986):159-165, esp. pág. 160).

⁹ Cf. posicionamento anterior, por mim externado nos *Comentários ao Código de Processo Civil* (obra escrita em colaboração com Galeno Lacerda), vol. VIII, t. II, 2ª ed., Rio, Forense, 1991, nº 153, págs. 214-215, com remissão ao entendimento de F. Tommaseo, *ob. cit.*, págs. 147, 151-155.

¹⁰ Pontes de Miranda, *Tratado das Ações*, tomo VI, São Paulo, RT, 1976, § 27, 1, págs. 329-330.

¹¹ Cf. procurei demonstrar na *ob. cit.* na nota 9, *supra*, págs. 366-368, 379.

A função do defensor dos interesses do Estado no processo administrativo-tributário

Gentil André Olsson

Defensor da Fazenda Estadual junto ao
Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais-RS.

Junto aos órgãos colegiados estaduais de julgamento do contencioso tributário administrativo, atuam, como defensores dos interesses do erário público, Procuradores do Estado (CE, SE, PE, MS e DF), Procuradores Fiscais (MG, BA e SC) e "Representantes Fiscais" ou "Defensores da Fazenda" (RJ, GO, PR, SP, RO e RS).

Os primeiros provêm dos quadros da respectiva Procuradoria do Estado, e o segundo grupo é oriundo dos quadros da Procuradoria Fiscal do respectivo Estado. Os demais, são recrutados entre funcionários dos quadros da Secretária da Fazenda ou Finanças (geralmente do quadro de Fiscais ou equivalente ou do Departamento Jurídico da Secretaria da Fazenda) e designados para a função, pelo respectivo Secretário de Estado, por prazo indeterminado, e por ele dispensáveis *ad nutum*. Em alguns Estados, como o Rio Grande do Sul, a função é privativa de "Fiscal de Tributos Estaduais, bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais".

As atribuições do "Defensor dos interesses da Fazenda" junto aos Conselhos (AC, AM, AP, AL, CE, RO, SE, SC, ES, TO, BA, GO, RR, MT, PA, MA, MS, MG, PR, PB, RJ e RN), Tribunais (PE, RS, e SP) ou Junta (DF), definidas na legislação das diversas Unidades Federadas, podem ser agrupadas em quatro áreas de atuação:

Nota: tendo em vista que não dispúnhamos da legislação completa de todas as Unidades da Federação, as siglas colocadas entre parênteses têm caráter meramente exemplificativo.

I - Atuação, no interesse da Fazenda, nos recursos interpostos pelo sujeito passivo do crédito tributário;

II - Interposição dos recursos cabíveis, das decisões contrárias aos interesses da Fazenda (inclusive, procedimentos incidentais como "pedido de esclarecimento") e acompanhamento e sustentação dos recursos *ex officio*;

III - Fiscalização da aplicação da legislação e prática de atos de instrução processual e correição;

IV - Fornecimento à administração fazendária de elementos de autocritica e sugestões capazes de proporcionar a avaliação e adequação de seu sistema normativo e operacional de fiscalização e exação.

I - Atuação, no interesse da Fazenda, nos recursos interpostos pelo sujeito passivo do crédito tributário.

Da decisão de primeira instância administrativa, contrária aos interesses do sujeito passivo da obrigação tributária em questão, cabe recurso às Turmas ou Câmaras do órgão de segunda instância correspondente (Conselho, Tribunal ou Junta)

Tal recurso recebe o nome de Recurso Voluntário (CE, RJ, RS, RO, PE, SP, DF e GO), Recurso Ordinário (PR), Pedido de reconsideração (BA) ou Recurso de Revisão (MG), conforme a Unidade Federada.

Das decisões proferidas em segundo grau, algumas Unidades da Federação admitem Pedido de Reconsideração de decisão não-unânime (SP e DF) à própria Câmara ou Junta, quando for contrária à prova dos autos (MG) ou quando o pedido versar sobre matéria de fato ou de direito não apreciada no julgamento recorrido (MG e BA).

Das decisões não-unâнимas das Câmaras ou Turmas, cabe recurso ao respectivo ór-

gão (MS), em sua composição plena (Conselho Pleno - RJ, GO e PR ou Tribunal Pleno - RS e PE).

Este recurso recebe diversos nomes, tais como: Embargos (GO), Recursos Extraordinários (RS), Recurso de Reconsideração (PR), Recurso Voluntário (PE), Recurso ao Conselho Pleno (RJ) e Pedido de Reconsideração (MS).

Existem Estados cuja legislação admite Pedido de Reconsideração (RS e PE) ou Recurso Extraordinário (CE) das decisões de Câmaras que tenham dado provimento a recurso de ofício (CE e RS); outros condicionam, ainda, que a decisão reconsiderada não seja unânime e tenha confirmado decisão absolutória de primeira instância (PE).

Quando a Decisão de Câmara, Turma ou Junta divergir de outra de órgão de igual hierarquia ou de órgão em composição plena ou Câmara Superior, cabem Recurso Especial (CE), Recurso de Reconsideração (PR); Recurso de Revista (MG e BA); Recursos de Revisão (RO); Recurso Voluntário (PE); "Recurso ao Pleno" (RJ), Recurso Extraordinário (RS) e Pedido de Revisão (SP).

Além de outros procedimentos incidentais de iniciativa do sujeito passivo, algumas Unidades prevêm: "impugnação" ao arquivamento de recursos por intempestivo (RR e PR), "Recurso contra decisão do Presidente" (DF), "Exceção de Suspeição" (DF), Revisão por vício processual que acarrete cerceamento da defesa (DF) e Pedido de Esclarecimento ao respectivo órgão de decisão omissa, obscura ou contraditória (RS e PR).

Cabe ao "defensor" o exame inicial do recurso interposto pela parte sucumbente e a conseqüente manifestação escrita (contrarrazões ou parecer), que deve compreender a análise das condições de admissibilidade do recurso e do mérito do pedido que ele contém.

Com a instauração do processo, emerge, como objeto da atividade jurisdicional, o exame de duas relações jurídicas; uma, que é a lide propriamente dita, entre o impugnante e o Estado, este na condição de pretendente do crédito tributário, que é o ob-

jeto último de processo; a outra é a relação processual que se estabelece, desde o momento inicial, entre o sujeito passivo da obrigação tributária e o Estado, este na condição de prestador da jurisdição.

A representação da Fazenda pode atuar tanto no plano da relação de direito material, quanto no da relação jurídica processual, quando esta apresentar algum vício, irregularidade ou omissão que a torne defeituosa ou ilegítima.

Compete-lhe, portanto, antes de discutir o mérito da causa, alegar como preliminares todas as arguições admissíveis, especialmente as peremptórias.

O juízo de admissibilidade tem por finalidade a aferição do preenchimento dos requisitos formais necessários para que o processo se constitua e tenha seguimento, atingindo, a final, o seu objetivo, que é a solução da lide.

Entre os requisitos que, a nosso sentir, devem ser examinados pelo representante da Fazenda encontram-se:

1 - A competência do órgão julgador

Deve-se levar em conta que a discussão de matéria tributária na esfera administrativa decorre de opção do sujeito passivo de exigência tributária, pois este pode levar a demanda diretamente ao Poder Judiciário. Porém, eleita a opção administrativa, o processo deverá ser constituído e conduzido na forma da legislação específica.

Os órgãos Julgadores de Segunda Instância Administrativa Tributária, obviamente, têm competência para reexaminar, em grau de recurso, decisões da primeira instância administrativa tributária, exceto casos de avocação (art.104, do Regimento Interno da JRF/DF), além de suas próprias decisões, em casos especiais previstos na legislação.

Cada Unidade Federada, ao fixar a competência em razão da matéria e do território, usa de linguagem própria, condicionando sempre, no contencioso, ao exame prévio por outro órgão administrativo tributário, por ela definido.

No Regimento Interno do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Rio Grande do Sul, sobre o assunto, encontramos os seguintes dispositivos: "... é órgão de segunda instância administrativa no julgamento dos litígios suscitados entre a Fazenda Pública Estadual e seus contribuintes, decorrentes da aplicação da legislação tributária" (art.1º) e "... tem sua sede em Porto Alegre e jurisdição em todo território do Rio Grande do Sul" (art.3º).

Sergipe tratou a matéria de forma equivalente. O Regimento Interno do seu Conselho de Contribuintes dispõe: "... tem por finalidade o julgamento, em segunda e última instância administrativa, e em grau de recurso, dos processos administrativos fiscais." (art. 1º) e "... tem sede na Capital do Estado de Sergipe e jurisdição em todo o Território Estadual." (art.2º).

Como se pode ver, a competência territorial na esfera administrativa estadual é exclusiva, salvo os casos de advocação pelo Secretário da Fazenda (RS e PB).

2 - A imparcialidade do Juízo

É pressuposto processual de validade da decisão que o julgador (juiz, conselheiro ou vogal) que a profira ou dela participe seja imparcial, que não tenha motivação para atuar no interesse de uma das partes, pois o interesse que deve prevalecer é o da justiça.

Objetivamente tem-se como imparcial aquele julgador que não se enquadra em nenhum dos motivos de impedimento ou de suspeição definidos na legislação própria, tais como:

a) interesse pessoal no feito (DF, RS, SC, RO, MS, e AL);

b) interesse de parentes, consanguíneos ou não, até o segundo grau inclusive (DF e AL), terceiro grau inclusive (RS, RO, SE, SC e GO);

c) interesse de sociedade que se faça, ou tenha feito, parte como sócio, advogado, membro de diretoria ou conselho (DF, RS, SC, AL e GO), sob vínculo permanente (RO);

d) houver proferido decisão de mérito ou emitido parecer no processo (DF, RS e GO);

e) ter sido autor do procedimento fiscal (GO).

Alguns regimentos estabelecem normas procedimentais da "Exceção de Suspeição" (DF, MS e PE) no caso de não haver sido espontaneamente declarado o impedimento pelo julgador.

Evidentemente que ao eleger critérios objetivos de impedimento, o legislador não teve por escopo induzir a idéia de que quem julga em tais condições necessariamente é parcial. O principal motivo do impedimento, além de evitar o constrangimento íntimo de o juiz ter que interferir em decisão que ele ou pessoas próximas tenham interesse, é o de preservar a imagem externa do julgador e do próprio juízo, pois não é suficiente que eles sejam imparciais, é importante que pareçam imparciais às partes.

3 - Capacidade processual de parte

Ter capacidade para ser parte é ter capacidade para ser sujeito de uma relação jurídica processual. Tal capacidade corresponde à capacidade jurídica de direito civil. Contudo, a capacidade processual de ser parte é mais ampla do que a capacidade civil. Assim, poderão eventualmente comparecer em juízo administrativo tributário, como autores, organismos ou coletividades não personalizadas, como a massa falida, os condomínios, a herança jacente, etc.

Distingue-se, assim, da capacidade de ser parte de uma determinada relação litigiosa (*legitimatío ad causam*), a capacidade para estar em juízo, ou legitimação processual (*legitimatío ad processum*), que é a capacidade para a prática de atos processuais. Os civilmente incapazes podem ser parte numa relação de origem tributária que lhes diga respeito e, nesse caso, têm *legitimatío ad causam*, porém, somente através de seus representantes (pais, tutores ou curadores) podem estar em juízo, o que significa que a *legitimatío ad processum* a esses corresponde e não a seus representados. Os maiores de

16 e menores de 21 anos têm capacidade parcial ou limitada para estar em juízo, devendo, portanto, ser assistidos por seus representantes legais.

A pessoa jurídica é representada (ou apresentada, segundo Pontes de Miranda) por quem os respectivos atos constitutivos designam, ou não designando, por seus diretores ou gerentes; a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal no Brasil; a massa falida, pelo seu síndico; o espólio, pelo inventariante; a herança jacente ou vacante, pelo seu curador; o condomínio, por seu administrador ou síndico, e as sociedades sem personalidade jurídica, por quem se encontrar em sua administração.

Já quanto às provas da capacidade de representação, a legislação apresenta alguma peculiaridade, por exemplo, no Rio Grande do Sul, estabelece que "a intervenção de dirigente (ou procurador) não produzirá nenhum efeito se, no ato, não for feita a prova de que os mesmos são detentores dos poderes de representação" (Lei nº 6537/73, art.19, § 2º). Em outros Estados é admitida a prova posterior da condição de representante.

A irregularidade decorrente da não-observância das normas relativas à representação deve ser apurada pela Defesa da Fazenda, examinando todos os atos de nomeação dos representantes. Assim a pessoa jurídica, por exemplo, para provar que está regularmente representada, deve ter juntado aos autos todos os documentos societários pertinentes. Se a procuração outorgada ao advogado (ou a outro agente autorizado em lei) foi assinada por procurador da pessoa jurídica, deve ficar demonstrada, também, a capacidade do outorgante (ou substabelecimento) mediante a presença do respectivo instrumento. Deve ficar demonstrado que quem assinou essa procuração era dirigente da pessoa jurídica, mediante a juntada dos atos constitutivos, ata de eleição do signatário, etc., onde se poderá verificar, com segurança, a regularidade dos atos praticados.

4 - Capacidade postulatória

Junto ao Poder Judiciário, a capacidade postulatória é privativa de advogado. Somente bacharel em direito, regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, pode postular em juízo em nome de outrem.

No processo administrativo tributário, a legislação específica dá tratamento diverso. Todas as Unidades da Federação, cuja legislação foi por nós examinada, atribuem capacidade postulatória ao sujeito passivo da obrigação tributária, podendo ele atuar no processo pessoalmente ou através de seus representantes legais ("presentantes"). Já as normas relativas aos mandatários (procuradores) se apresentam com matizes diferentes nos diversos Membros da Federação. Alguns exigem que o procurador seja advogado inscrito na OAB (RS) ou "estagiário" da OAB (MG e PB) ou preposto de despachante estadual, gerente, ou contabilista (RJ). Outros não qualificam os procuradores (PE, RO, BA e PR).

Constatada a falta de capacidade postulatória ao signatário de peça impugnatória ou recursal, salvo norma expressa de convalidação do ato, este é nulo, portanto, insuscetível de retificação ou recuperação.

Entre as causas de nulidade do ato, arrolamos:

a) a inexistência de mandato, ou do seu instrumento (procuração) nos autos, sem a "caução de rato" quando admitida;

b) a falta, ao procurador, da qualificação exigida na lei (não é advogado regularmente inscrito na OAB, está impedido por lei ou por ato da OAB, etc);

c) o não-cumprimento, pela parte, das determinações visando ao saneamento das irregularidades, no prazo fixado.

5 - Legitimidade da parte

Quem tiver legítimo interesse em relação material de natureza tributária em litígio com a Fazenda Pública tem legitimidade para ser parte na respectiva relação processual.

O Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia (art.10, parágrafo único) trata a matéria nos seguintes termos: "Tem legitimidade para postular todo aquele a quem a lei atribuir responsabilidade pelo pagamento de crédito tributário ou cumprimento de obrigação acessória ou que esteja submetido à exigência fiscal de qualquer espécie".

Disposição semelhante encontramos no Regulamento do Processo Administrativo-Tributário do Rio de Janeiro, em seu artigo 4º: "São interessados para postular, além do contribuinte, todo aquele a quem a lei atribuir responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário ou cumprimento da obrigação acessória".

As demais Unidades da Federação não destoam dessa linha de normatização, embora algumas delas não tenham atingido a clareza dos dispositivos transcritos.

6 - Interesse de agir

Em se tratando de recurso, não se pode perder de vista que só tem interesse para agir aquele que resultou vencido na decisão anterior e no limite de sua sucumbência.

7 - Possibilidade jurídica do pedido

O pedido formulado em Juízo deve estar fundamentado no ordenamento jurídico vigente. O direito cuja aplicação é pedida, deve constar, pelo menos em tese, na esfera de competência do órgão julgador. A causa de pedir deve ser lícita e ter forma de composição prevista na legislação, além de inexistir limitação ao exercício do direito.

Minas Gerais, por exemplo, no artigo 106 do Regimento Interno de seu Conselho de Contribuintes, estabelece vedação aos seus órgãos julgadores de processo administrativo tributário, de julgarem declaração de inconstitucionalidade; negarem a aplicação de lei, decreto ou ato normativo e aplicarem a equidade. No Rio Grande do Sul, a incompetência de seu Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, para apreciar inconstitucionalidade de norma, é objeto de sua Súmula nº 3.

8 - Inépcia da inicial

Entre as principais causas da inépcia da impugnação ou da peça recursal temos: a ausência de pedido ou causa de pedir e a formulação de pedido cujo atendimento é fática ou juridicamente impossível, por exemplo, que seja dispensado o pagamento do crédito tributário, "relevada" a exigência de multa, etc., quando a legislação da respectiva Unidade da Federação não contempla ou veda expressamente tais providências.

Argüida e constatada a inépcia da inicial, a "petição será indeferida de plano" (RJ).

9 - Preclusão

As partes estão sujeitas à prática de certos atos e formalidades processuais, dentro de determinado lapso temporal, sob pena de perderem a oportunidade de realizá-los. Chama-se preclusão temporal a impossibilidade da parte praticar determinado ato processual, por haver perdido o momento adequado para fazê-lo.

A preclusão pode ter como causa duas outras ordens de fatores, decorrendo daí mais duas espécies de preclusão, a lógica e a consumativa.

Há preclusão lógica quando a parte praticar determinado ato ou postular certa providência incompatível com sua própria conduta no mesmo ou em outro momento. Por exemplo, o impugnante condenado em primeira instância paga o crédito tributário e, posteriormente, ainda no prazo legal para recorrer, intenta recurso à instância superior.

Ocorre preclusão consumativa, quando uma determinada faculdade processual foi proveitosamente exercida no momento adequado, tornando-se impossível a prática posterior (ainda que em caráter complementar) do mesmo ato. A parte a quem compete a interposição de "Recurso Voluntário" de decisão que lhe foi desfavorável em primeira instância administrativa, em 15 dias (RS), ao invés de se valer de todo o prazo, oferece seu recurso no oitavo dia, por exemplo, não lhe é permitido propor nova peti-

ção recursal ou complementá-la, ainda que dentro do prazo previsto para o recurso.

10 - Litispendência

Diz-se que há litispendência quando já existe outro processo em que as mesmas partes discutem o mesmo assunto, por exemplo, o mesmo crédito tributário.

Afigura-se a litispendência no processo administrativo tributário quando, havendo uma ação pendente de decisão, outra idêntica a ela é proposta pelo mesmo autor, de modo que venham a se formar duas discussões a respeito da mesma relação jurídica, contra a mesma pessoa (Estado, no caso) e pela mesma causa.

Em tais circunstâncias, o remédio processual aplicável, para evitar o seguimento de duas causas de igual teor, é a "exceção de litispendência" cujo objetivo é a exclusão da segunda.

11 - Definitividade da decisão administrativa

O Código de Processo Civil (art.467) define coisa julgada material como "a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário".

A legislação que regula o procedimento tributário administrativo trata o assunto com normas conceituais que podem ser resumidas no seguinte: "São definitivas, na esfera administrativa, as decisões de que não caiba mais recurso". Também é norma generalizada na esfera administrativa, que a decisão, na parte que caiba recurso de ofício, não se torna definitiva enquanto este não for julgado.

Para que ocorra a imutabilidade que protege a decisão, tornando-a indiscutível em processos administrativos futuros, é necessário que tenha ocorrido a sua definitividade na própria relação jurídica de onde ela provém. Não há coisa julgada material sem prévia formação da coisa julgada formal.

12 - Manifestação sobre o mérito

Também desejamos abordar a manifestação do defensor dos interesses da Fazenda

sobre o mérito da matéria *sub judice*, cuja importância não pode ser ignorada.

Na legislação do Rio Grande do Sul, há duas oportunidades para tanto. Primeiro, no "Parecer" prévio à própria distribuição dos autos ao juiz-relator, e mais tarde, quando do julgamento, na sustentação oral que faz após a apresentação do relatório.

A manifestação sobre o mérito tem singular relevo porque nela deve o defensor da Fazenda despir-se de sua condição de parte para assumir o papel de defensor da lei, igualando-se quase ao Ministério Público no desempenho de seu papel constitucional. Além do mais, seu "Parecer" tem servido para fundamentar, muito seguidamente, até mesmo o voto dos juízes, prestando-lhes assim preciosa colaboração.

II - Interposição dos recursos cabíveis, das decisões contrárias aos interesses da Fazenda (inclusive, procedimentos incidentais como "pedido de esclarecimento") e acompanhamento e sustentação dos recursos *ex officio*.

1 - Recursos necessários (*ex officio*).

Das decisões de primeira instância, em que a Fazenda Pública tenha sido vencida, no todo ou em parte, é obrigatório o reexame da matéria em instância superior, mediante recurso *ex officio*, com efeito suspensivo, interposto pelo prolator da decisão, no próprio instrumento. Tal expediente, que é compulsório em todas as Unidades da Federação, salvo circunstâncias especiais expressamente previstas da lei que rege o processo administrativo tributário.

As causas de dispensa do reexame, encontradas na legislação examinada são:

a) sucumbência da Fazenda em quantia reduzida, inferior ao valor de alçada fixando na lei (RS, GO, RJ, DF, ES, SC e MS). No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, o valor de alçada é de 100 UPF/RS, o que corresponde a CR\$ 24.431,00 cruzeiros reais (na moeda de agosto de 1993);

b) improcedência de crédito tributário, em qualquer valor, desde que se refira exclusivamente à obrigação acessória (RS, RJ

e MS), compreendendo, portanto, apenas o cancelamento ou redução de multa por infração de natureza formal;

c) decisão absolutória (parcial ou total) que tenha sido embasada na existência de "erro de fato" no lançamento tributário (RS, RJ e MS), tal como, lançamento de valores já comprovadamente pagos ou decorrentes de erros de cálculo ou transporte de valores no auto de lançamento;

d) a declaração de extinção do processo com base em prova de pagamento do crédito tributário (CE).

Existem Unidades da Federação que estabelecem condições para o seguimento do recurso de ofício na segunda instância. A legislação do Estado de Goiás, por exemplo, faculta ao "Saneador de contenciosos administrativos tributários", o arquivamento do processo sem julgamento de mérito quando a "Representação da Fazenda" manifestar-se pela confirmação da decisão recorrida.

Na hipótese de não haver sido interposto o recurso obrigatório na própria decisão de primeira instância, cumpre ao funcionário que tiver que executar a decisão promover a representação àquela autoridade (RS), ou quando o processo ingressar na segunda instância, em grau de recurso voluntário, cabe a esta o conhecimento pleno do feito, se verificado que embora sujeito, também, ao recurso obrigatório este não tenha sido interposto (RS).

No Estado do Rio de Janeiro, o recurso *ex officio* de decisão de primeira instância é dirigido ao Superintendente de Tributação Estadual.

Mesmo quando não condicionada a seu pedido expresso de reforma da decisão recorrida, a tramitação do recurso *ex officio* deve ser acompanhada, em segunda instância, pela defesa da Fazenda.

2 - Recursos disponíveis

A legislação das Unidades da Federação põe à disposição da respectiva Fazenda variados instrumentos que podem ser usados por seus representantes, quando estes entenderem que os interesses do erário público

não foram devidamente contemplados em decisões proferidas em segunda instância.

Dentro do critério que norteou a elaboração deste trabalho, faremos a seguir uma exposição das várias espécies de recursos cabíveis, *in casu*, com a finalidade de possibilitar a melhor apreciação da ação do defensor da Fazenda.

Das decisões não-unânicas das Câmaras, Junta ou Conselho, cabe Recurso de Reconsideração ao próprio órgão (PR), Pedido de Reconsideração (MS, BA, SC, SP e DF) e "Recurso ao Conselho Pleno" (RJ).

Em Goiás o apelo é dirigido ao Conselho Pleno e chama-se Embargos e em São Paulo, da Decisão de Câmara que negar provimento ao Pedido de Reconsideração, cabe Recurso Extraordinário às Câmaras Reunidas.

Noutros Estados, como no Rio Grande do Sul, a Fazenda dispõe de Recurso Extraordinário ao Pleno quando a Decisão for adotada mediante voto de desempate do Presidente da Câmara. Em Minas Gerais, chama-se "Recurso de Revisão" à Câmara Superior (fala em voto de "qualidade" do Presidente). Da decisão não-unânime de Turma que reformar decisão de primeiro grau, em Pernambuco, impõe-se a interposição de recurso *ex officio* ao Pleno.

Por vezes, a competência da defesa da Fazenda, para interpor apelo necessário ou voluntário, sofre concorrência de outros órgãos administrativos fazendários, como é o caso de Rondônia, em que o Recurso de Revisão pode, também, ser intentado por Delegados Regionais, Diretores de Repartições Fiscais ou por promoção da Secretaria do próprio Conselho. Em São Paulo, os chefes e diretores de Repartições Fiscais e os Delegados Tributários têm competência concorrente com o Representante Fiscal para provocar o reexame através de Pedido de Reconsideração e de Pedido de Revisão.

Quando a decisão de uma Câmara, Turma ou Conselho (unicameral) divergir da de outra Câmara, Turma, Pleno ou Câmara Superior, Cabe Recurso de Revisão (RO), Recurso de Reconsideração (PR), Recurso Especial (CE), Recurso Extraordinário (RS),

Recurso Voluntário (PE), Recurso de Revista (BA e MG), "Recurso ao Conselho Pleno" (RJ) ou Pedido de Revisão (SP). Algumas Unidades Federadas admitem o reexame por divergência entre decisões plenárias (PR e BA), outras não (RS). Os Estados do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Pernambuco não provêem revisão da decisão com base em divergência com outra do mesmo órgão, enquanto que outros a admitem (CE, MG, RO e PR).

Da decisão de Câmara que deu provimento a recurso *ex officio* cabe Recurso Extraordinário ao Conselho Pleno (CE) e de decisão contrária à disposição expressa de lei ou à prova dos autos há Recurso Extraordinário às Câmaras Reunidas (SP).

É admitido, em alguns casos, recurso à instância especial - o Secretário da Fazenda ou Finanças - das decisões do Pleno, não-unânicas e contrárias à Fazenda (PR), decisões contrárias à legislação ou à prova dos autos, de que não caiba outro recurso (RJ) ou Recurso Extraordinário de decisão da Câmara Superior quando proferida mediante voto de "qualidade do Presidente" (MG). No Distrito Federal, das decisões da Junta, contrárias à Fazenda cabe recurso ao Prefeito (Lei nº 4.191/62, art.277).

3 - Procedimentos incidentais

Além de outros procedimentos incidentais de iniciativa da defesa da Fazenda, algumas Unidades prevêem "Recurso contra decisão do Presidente" (DF), "Exceção de Suspeição" (DF), Revisão por vício processual que acarrete cerceamento da defesa (DF) e Pedido de Esclarecimento de decisão omissa, obscura ou contraditória (RS e PR).

III - Fiscalização da aplicação da legislação e prática de atos de instrução processual e correição.

A legislação atribui ao "Defensor dos interesses da Fazenda" poderes especiais para agir no procedimento tributário onde, em alguns casos, funciona como o principal instrutor do processo na esfera recursal, extrapolando a condição de representante de

parte e adotando, por vezes, a postura de verdadeiro "promotor da justiça fiscal", na defesa, inclusive, dos interesses da parte que, em tese, se opõem aos de sua representada (a Fazenda Pública).

Na tentativa de consolidar as principais normas relativas ao assunto, chegamos aos seguintes itens:

1 - Prestar as informações solicitadas pelo Presidente e demais membros (PR, RS, RO, DF, PE, SE, CE, RJ e SC);

2 - Promover todas as diligências necessárias à boa instrução dos processos, podendo, inclusive, baixá-los à primeira instância para os fins pertinentes, sendo o encaminhamento comunicado, obrigatoriamente, ao Presidente (DF, PE, RJ, RS, e RO);

3 - Prestar assessoria contábil e fiscal aos membros do Conselho (RO);

4 - Requisitar a qualquer repartição estadual documentos que julgar necessários à instrução dos processos de que tenha vista, os quais lhe serão fornecidos com a maior brevidade (PR, RS e RJ);

5 - Zelar pela execução das leis, decretos e regulamentos que tenham de ser aplicados pelo órgão, promovendo junto a este as medidas necessárias (SE, RO, SC, RS, e RJ);

6 - Representar ao Secretário da Fazenda, ao Corregedor ou ao Presidente do órgão sobre quaisquer irregularidades verificadas nos processos, em detrimento da Fazenda ou dos contribuintes (SE, SC, RJ, PE, PR e RO);

7 - Representar administrativamente contra agentes do Fisco que, por omissão ou ação, dolosa ou culposa, verificada no processo tributário, causarem prejuízo ao Erário Estadual (CE).

IV - Fornecimento à administração fazendária de elementos de autocritica e sugestões capazes de proporcionar a avaliação e adequação de seu sistema normativo e operacional de fiscalização e exação.

Dentre as atividades da representação da Fazenda, é talvez a mais valiosa e que por si só justificaria a existência dos órgãos administrativos de julgamento do contencioso

tributário, pois proporciona à administração uma avaliação da atividade fiscal e exaccional, temporariamente próxima da ocorrência geradora da demanda.

No julgamento das questões tributárias pelo Poder Judiciário, em razão do distanciamento físico dos órgãos fazendários e até temporal devido às diversas instâncias que comporta, seria, nas condições atuais, impossível o acompanhamento do feito e o aproveitamento dos efeitos da decisão na reciclagem da normatização tributária em geral e do procedimento tributário em particular.

É evidente que a eficiência do sistema será maior na medida que o julgamento for menos demorado e que as informações cheguem mais rapidamente a seu centro de decisão, ainda que informalmente.

São exemplos de normas encontradas na legislação, sobre o assunto:

1 - Manter contato com o Diretor do Departamento de Administração Tributária, a fim de atender ao interesse dos serviços e estabelecer unidade de orientação (RO);

2 - Comunicar à primeira instância quaisquer irregularidades verificadas na instução processual, em detrimento da Fazenda ou do Contribuinte (RS);

3 - Apresentar ao Secretário da Fazenda relatório minucioso de suas atividades no exercício anterior, mencionando as dúvidas e dificuldades surgidas na execução da legislação tributária, sugerindo as medidas legislativas e as providências que julgar adequadas ao aperfeiçoamento dos serviços de ação fiscal (SC e RJ);

4 - Sugerir às autoridades competentes, através da Presidência do Conselho Administrativo Tributário, a adoção de medidas administrativas judiciais que visem a resguardar a Fazenda Pública de danos que possam ser causados por qualquer sujeito passivo de obrigação tributária (RJ).

Conclusão

Na apreciação da atividade do defensor da fazenda não nos limitamos a tratar das ações por ele desenvolvidas no processo ad-

ministrativo tributário, segundo as legislações das diversas Unidades da Federação.

Expusemos como as referidas legislações disciplinaram a atuação dos envolvidos no procedimento, com a intenção de, ressaltando a ação de todos, chamar a atenção para o papel do Defensor do Erário e deste modo possibilitar a apresentação de sugestões a serem formuladas por este Encontro para melhoria das normas processuais administrativas tributárias em todo o território nacional.

Se tal objetivo puder ser alcançado, ficaremos amplamente recompensados pelo esforço desenvolvido para a elaboração deste despretencioso trabalho.

Legislação das unidades da Federação consultada

ALAGOAS- Regimento Interno do Conselho Tributário Estadual

BAHIA

- Decreto nº 28.596/81

CEARÁ

- Lei nº 12.145/93

DISTRITO FEDERAL

- Regimento Interno da Junta de Recursos Fiscais

ESPÍRITO SANTO

- Decreto nº 2.425-N/87

GOIÁS

- Regimento Interno do Conselho Administrativo Tributário

- Lei nº 8.792/79

MINAS GERAIS

- Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Estado

- Decreto nº 23.780/84

MATO GROSSO DO SUL

- Lei nº 331/92

PARAÍBA

- Código Tributário da Paraíba

PERNAMBUCO

- Lei nº 1.654/91

- Decreto nº 15.229/91

PARANÁ

- Lei nº 8.933/89

RIO DE JANEIRO

- Decreto nº 2.473/79

- Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Estado

RONDÔNIA

- Regulamento do Conselho de Recursos Fiscais (Decreto nº 4.656/90).

- Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais do Estado

RIO GRANDE DO SUL

- Lei nº 6.537/73

- Regimento Interno do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais

SANTA CATARINA

- Regimento Interno do Conselho Estadual de Contribuintes

- Lei nº 3.938/66

SERGIPE

- Regimento Interno do Conselho de Contribuintes do Estado

Nota

Tendo em vista que não dispúnhamos da legislação completa de todas as Unidades da Federação, as siglas colocadas entre parênteses têm caráter meramente exemplificativo.

A aposentadoria especial dos professores

Valdacyr S. Scomazzon

Procurador do Estado e Professor da UFRGS, aposentado;

Ex-Professor da PUCRS e da Escola Superior da Magistratura. Advogado.

Abstract

The purpose of this article is formulating a critical view both of the restrictive exegesis adopted by the Public Administration of Rio Grande do Sul, regarding the 40th article, item III, b, of the Federal Constitution, and, also, of the provisions contained in Law RS n.º 9.481/93, which, making an extensive interpretation of the constitutional precept, enumerates several activities as "teaching functions", an expression of the Constitution which gave rise to much controversy about its reach.

This paper, basically, proposes a less radical exegesis of the constitutional precept referred, departing from the two extreme positions mentioned before.

A vigente Constituição Federal estatui, em seu art. 40, item III, alínea b, que

"O servidor será aposentado:

...

III - voluntariamente:

...

b) aos trinta anos de *efetivo exercício em funções de magistério*, se professor, e vinte e cinco, se professora, com proventos integrais;" (grifei)

Disposição idêntica abrigava a anterior Lei Maior (1967/69), em seu artigo 101, III, combinado com o artigo 165, XX, *verbis*:

"Art. 101 - O funcionário será aposentado:

...

III - voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço, ressalvado o disposto no art. 165, item XX." (Item com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 18, de 30-6-81)

"Art. 165 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

...

XX - a aposentadoria para o professor após trinta anos e, para a professora, após vinte e cinco anos de *efetivo exercício em funções de magistério*, com salário integral." (Item acrescentado pela Emenda Constitucional nº 18, de 30-6-81) (grifei)

Como se percebe, à evidência, pelo simples confronto dos textos, os dois dispositivos constitucionais em tela reproduzem, *ipsis litteris*, a mesma expressão condicionante da aposentadoria para os professores: "efetivo exercício de funções de magistério", expressão que, ao longo do tempo, e desde seu nascedouro, constituiu-se em perene fonte geratriz das mais acirradas polêmicas na busca de sua verdadeira e correta semântica, a mais consentânea com as regras da Hermenêutica, tanto na esfera administrativa quanto na judicial.

Na "Proposta de Emenda à Constituição nº 10, de 1981", dizem, na "justificativa", seus subscritores, com muita propriedade, entre outras coisas:

"Ao lado da família, o professor realiza a tarefa mais importante da sociedade. Por isso costumamos dizer que nele repousam as esperanças de todos os povos, principalmente daqueles que ainda não ultrapassaram a barreira do subdesenvolvimento.

À medida que crescem as comunidades e aumenta a complexidade dos serviços, mais e mais encargos são cometidos ao professor, cidadão idealista e abnegado que dedica sua vida à nobre tarefa de servir.

....

Se ainda não foi encontrada uma fórmula capaz de minorar a aflitiva situação financeira dos professores; se o princípio federativo constitui obstáculo a que a União assuma a iniciativa dos Estados; se a situação financeira do País não permite aumento de despesa, que ao menos seja concedido aos mestres o benefício de uma aposentadoria especial, pois na realidade vinte e cinco anos de exercício do magistério correspondem a mais de 35 anos em outras atividades menos desgastantes."

Por sua vez, os formuladores da "Proposta de Emenda à Constituição nº 14, de 1981", acrescentam:

"No momento em que pleiteamos a redução de tempo de serviço para efeito de aposentadoria do professor, estamos conscientes de que, sobre ser sumamente justa a presente proposta, em face dos sabidos desgastes físicos-animicos que o magistério provoca naqueles que se dedicam à nobre missão de ensinar, ela é, ainda, um remédio possível para minorar as agruras financeiras do nosso mal remunerado professor, ao permitir a ele, ainda com algumas energias sobrantes, face à diminuição do tempo de aposentar, aumentar os parcos rendimentos da aposentadoria como professor, com outra atividade laboral."

Inobstante a elogiável justeza de tais ponderações em relação à estóica e amargurada classe do Magistério, a aplicação da, afinal, aprovada Emenda Constitucional nº 18, de 30 de junho de 1981, veio, de imediato, demonstrar que essa norma foi, por muitos, malsinada como condenável privilégio, arrostando, para poder vigorar, as mais restritivas e, até, facciosas interpretações, objetivando desestimular os pleitos consecutórios.

Uma das tantas maldosas insinuações sub-reptícias, tendentes a solapar a imediata vigência da nova regra constitucional, alegava não ser ela auto-aplicável. Contestando tal interpretação, a Procuradoria-Geral do Estado, no Parecer nº 4.802, assevera, judiciosamente:

"...O preceito ora em exame se inclui na categoria daqueles denominados *auto-aplicá-*

veis, pois se apresenta completo, dotado de todos os elementos necessários a sua imediata aplicação. Seguindo o ensinamento de Ruy Barbosa, pode-se afirmar que o direito instituído se acha 'armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos meios de execução e preservação', sendo-lhe 'supérfluo o auxílio supletivo da lei para exprimir tudo o que intenta e realizar tudo o que exprime'. (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo, Saraiva, 1933, v. 2, pp. 488 e 492). Pela própria linguagem do texto verifica-se, exatamente, qual a conduta a seguir, não sendo preciso a edição de outras regras para seu cumprimento imediato."

No mesmo Parecer nº 4.802 é, também, refutada a idéia equivocada ou tendenciosa de que a Emenda Constitucional nº 18/81 consubstanciaria tão-só um princípio, dependente de legislação posterior. Como esclarece dito Parecer, a nova regra apresenta a declaração de um *direito*, que atua pelo mero fato de sua existência na Constituição, não dependendo de lei posterior para se realizar.

Em termos hermenêuticos, entretanto, o maior óbice enfrentado pela Emenda Constitucional nº 18/81 foi o mesmo que serve hoje de arrimo aos que, sem tréguas, tentam inviabilizar a vigência da norma inserta na Carta Magna no prefalado art. 40, III, b: uma exegese, a mais estreita e restrigente possível, no que concerne à determinação do *verdadeiro destinatário* do inquinado direito, cristalizado na controvertida expressão "efetivo exercício das funções de magistério".

Segundo a Procuradoria-Geral do Estado, no Parecer nº 4.802, antes referido,

"No caso de funcionário público, ele é o professor que apresente *efetivo exercício em funções de magistério*, durante todo o tempo legalmente estipulado. Não basta exercer funções de magistério para ter direito à aposentadoria especial: é necessário *prover cargo de Professor*. Mas também não basta o provimento desse cargo, sendo igualmente *indispensável* o efetivo exercício em funções de magistério, durante todo o tempo constitucionalmente estipulado. Tem efetivo

exercício em funções de magistério aquele professor que ensina, que ministra aulas, que exerce atividade docente.

Tratando-se de uma regra excepcional, não pode a norma contida na Emenda nº 18/81 sofrer outra interpretação que não seja a estrita (cfe. Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 4ª ed. Rio, Freitas Bastos, 1947. p. 252). Entendimento diverso levaria ao absurdo de se considerar como inútil ou supérflua a expressão 'efetivo exercício em funções de magistério', o que também é inadmissível (cfe. Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 303)."

Contrastando com tal exegese, extremamente rígida, e adotando visão mais panorâmica em relação à abrangência da norma constitucional *sub examine*, a então Secretaria de Pessoal Civil, da Administração Federal, no Parecer nº 299/82 (DOU de 11-5-82, p. 8.447), ao manifestar-se sobre o exato alcance da expressão "efetivo exercício em funções de magistério", reproduz pronunciamento do Ministério da Educação e Cultura, consultado a respeito do assunto:

"Assim sendo, somente o tempo de serviço prestado em funções de magistério, consideradas estas 'as pertinentes à pesquisa e ao ensino de graduação ou de nível mais elevado, que visem à produção, ampliação ou transmissão do saber; as que estendam à comunidade, sob forma de cursos e serviços especiais, as atividades de ensino e os resultados da pesquisa; as inerentes à direção ou assessoramento exercidas por professores na própria instituição ou em órgãos do Ministério da Educação e Cultura' (art. 1º, Dec. nº 85.487/80), deve ser computado para efeito de aposentadoria, não se contando, para tal fim, o tempo de serviço estranho à carreira (informação de 19/11/81, constante do processo).

No que se refere ao Magistério de 1º e 2º Graus, o Decreto nº 85.712, de 16/02/82, estatui:

'Art. 1º - O magistério de 1º e 2º graus do Serviço Público Civil da União e das Autarquias mantidas pela União abrange

atividades de preparação e ministração de aulas em disciplinas, áreas de estudo ou atividades, avaliação e acompanhamento de atividades discentes, no ensino de 1º e 2º Graus, na educação especial e pré-escolar, bem como atividades de *administração escolar*.

Parágrafo único - Compreendem-se nas atividades de administração escolar do magistério de 1º e 2º Graus aquelas inerentes à coordenação de curso, área ou disciplina e à direção, assessoramento e assistência em unidades ou órgãos com atribuições básicas pertinentes ao ensino e, ainda, em unidades organizacionais do Ministério da Educação e Cultura, ligadas especificamente à educação e à cultura. (grifei).

O art. 2º do Decreto nº 59.676, de 06/12/66 também já enumerava as atividades consideradas de magistério.

O legislador constituinte, na expressão 'efetivo exercício em funções de magistério' quis referir-se ao sentido consagrado na legislação ordinária. É considerado de 'efetivo exercício em funções de magistério' o tempo de serviço realmente prestado ou *legalmente tido como efetivo*, por ficção jurídica (grifei).

Portanto, no que se refere ao magistério federal, há de considerar-se as funções de magistério como especificadas nos transcritos arts. 1º do Decreto nº 85.487, de 1981, e do Decreto nº 85.712, de 1981."

No âmbito da Previdência Social, o então Ministro Jair Soares, objetivando pôr ordem nas disparatadas interpretações formuladas em relação à nominada Emenda Constitucional nº 18/81, expediu a Portaria nº 2.865, de 06.5.82, que, adotando abrangente conceituação, resolveu:

"1 - Considerar como de efetivo exercício nas funções de magistério as atividades dos professores segurados da Previdência Social urbana que, em estabelecimento de ensino de 1º e 2º graus, ou de ensino superior, bem como em cursos de formação profissional, autorizados ou reconhecidos pelos competentes órgãos do poder executivo federal ou estadual:

a) exerçam atividades docentes, a qualquer título;

b) ocupem funções de administradores, planejadores, orientadores, supervisores, ou de outras específicas dos demais especialistas de educação.

2 - Incluem-se, também, como de efetivo exercício nas funções de magistério as atividades desenvolvidas pelos professores segurados da Previdência Social que nas universidades e nos estabelecimentos isolados de ensino superior sejam

a) pertinentes ao sistema indissociável de ensino e pesquisa, em nível de graduação, ou mais elevado, para fins de transmissão e ampliação do saber;

b) inerentes à administração."

Na esfera estadual, mesmo que, de início, como transparece do Parecer nº 4.802, da Procuradoria-Geral do Estado, o Poder Executivo se apresentasse com uma postura acentuadamente rígida na exegese da norma constitucional concessiva da aposentadoria especial, foi ele, aos poucos, abrandando, por algum tempo, essa rigidez, como se percebe, claramente, por exemplo, no Parecer nº 4.864, da Procuradoria-Geral do Estado, em cujo bojo se vislumbra tal abrandamento, *verbis*:

"Ao adjetivo 'efetivo', que qualifica o tempo de exercício em funções de magistério que dá ao professor o direito à aposentadoria antecipada, se há de conferir o entendimento tradicional do nosso direito administrativo, que *reputa efetivo tanto o tempo de serviço realmente prestado quanto o legalmente assim considerado*. Foi este também o entendimento do Departamento Administrativo do Serviço Público (DASP), em recente parecer de seu Coordenador de Legislação de Pessoal, onde se lê:

"O legislador constituinte, na expressão 'efetivo exercício em funções de magistério', quis referir-se ao sentido consagrado na legislação ordinária. É considerado de 'efetivo exercício em funções de magistério' o tempo de serviço realmente prestado ou legalmente tido como efetivo, por ficção jurídica'. (Revista da Procuradoria-Geral do

Estado, em Porto Alegre, 12(33):89 - 100, 1982)."

Nessa linha de ampliação da abrangência semântica do étimo "funções de magistério", o Parecer nº 5.518, da Procuradoria-Geral do Estado, ao abordar o tema controverso, em termos de aposentadoria especial, da licença para qualificação profissional, cristalizou em sua ementa o seguinte entendimento:

"É computável para efeito de aposentadoria precoce do magistério o tempo em que o professor esteve afastado regularmente do exercício de suas funções, em gozo de licença para qualificação profissional (após a Lei nº 6.672/74) ou contemplado com bolsa de estudos (antes da Lei nº 6.672/74)."

Buscando justificar esse posicionamento, o prefalado Parecer nº 5.518 tece as seguintes ponderações:

"7. Se o afastamento do professor de suas atividades de magistério para fins de estudos sob a modalidade de licença para qualificação profissional se dá com vencimentos, e a sua efetividade é assegurada para todos os efeitos da carreira, importa ver aí modalidade de efetivo exercício por ficção da lei. É certo que se poderia levantar objeção, buscando ver na expressão 'assegurada sua efetividade para todos os efeitos da carreira' a limitação dos efeitos da ficção jurídica à matéria de promoção. Todavia, parece que esse entendimento restritivo não é o melhor. Em primeiro lugar, porque o próprio texto não limita os efeitos da efetividade ficta à promoção tanto que expressamente assegura a manutenção dos vencimentos. Em segundo lugar, porque este é o entendimento consagrado pelo próprio Poder Executivo Estadual, que ao regulamentar a matéria veio a estabelecer no artigo 1º do Decreto nº 23.535, de 4 de dezembro de 1974, que a licença para qualificação profissional se daria sem prejuízo dos respectivos vencimentos, e *assegurada a efetividade para todos os efeitos legais*. Finalmente, porque um entendimento em contrário implicaria supor que o sistema legal estivesse em contradição, procurando criar desestímulos para medidas que são simultaneamente objeto de in-

centivos. Tiraria com uma mão o que dá com a outra. O que não se pode pressupor."

Não perdurou, entretanto, por lapso de tempo mais significativo essa postura magnânima do Poder Executivo em relação à aposentadoria especial do Magistério. Ao tornar público o Parecer nº 7.700, no DOE de 21-12-88, já sinalizava o Governo com clara e surpreendente reviravolta revisionista visando a uma exegese mais restrigente da regra constitucional, a fim de que os "privilegiados" professores exercitassem com menos facilidades o direito inserto na Carta Magna.

Ao aprovar o Parecer em tela, decidiu o Sr. Governador:

"a) revogar, diante do entendimento do Colendo Tribunal de Contas do Estado e da evolução jurisprudencial, a orientação adotada no PARECER nº 5.744/84-PGE, segundo a qual deveria ser computado como de efetivo exercício de magistério, para efeito da aposentadoria especial prevista no art. 39 (ou 40?), item III, letra *b*, da Constituição Federal, o tempo de serviço prestado por Professor colocado à disposição do Gabinete do Governador (Decreto nº 25.181/76) ou requisitado, na forma do art. 5º do Decreto nº 21.237/71 (artigo 15 do Decreto nº 25.957/77), para integrar Comissão de Processo Administrativo-Disciplinar na Procuradoria-Geral do Estado.

...
c) aos servidores em alusão, que forem surpreendidos pela providência do item a), *será reconhecido o cômputo do tempo de exercício nos órgãos mencionados, como de efetivo exercício do magistério, até a data da revogação.* (grifei).

Mais recentemente, essa "mudança de rota" se manifestou evidente e insofismável, ao arrepio, inclusive, do vetusto e consagrado brocardo *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. O Poder Executivo Estadual, pondo de lado o posicionamento favorável consubstanciado em diversos pareceres emanados da Procuradoria-Geral do Estado, assumiu uma postura extremamente radical, no sentido oposto, de tal sorte que deixou transparecer uma imagem verdadei-

ramente contraditória e paradoxal, atingindo, em alguns casos, *permissa venia*, as fronteiras da arbitrariedade, eis que, adotando "dois pesos e duas medidas", terminou por perpetrar irreparáveis injustiças.

No intuito de justificar a rigorosa e drástica posição assumida, entendeu a Administração Pública Estadual de atrelar a contagem do tempo de serviço, para efeito de caracterização de "efetivo exercício de funções de magistério", à *conditio sine qua non* de que tal exercício se dê em instituição do Sistema Estadual de Ensino, com fulcro no art. 2º da Lei RS nº 6.672/74 - Estatuto e Plano de Carreira do Magistério Público do Rio Grande do Sul, combinado com o art. 7º da Lei RS nº 5.751/69, que arrola as instituições de ensino integrantes do Sistema Estadual de Ensino.

Tal exegese vinculativa consubstancia, evidentemente, uma demasia, uma exorbitância; até, *permissa venia*, um lamentável equívoco, eis que o direito insofismável insculpido na Lei Maior não se afigura, em seu texto, jungido a tal pressuposto. Limita-se a Carta Magna a exigir "efetivo exercício em funções de magistério", sem, obviamente, cogitar do local onde devam elas ser exercidas, supondo-se, por evidente, que tal exercício tenha lugar em instituição oficial ou, pelo menos, reconhecida pelo órgão competente.

Se acatada tal exacerbação hermenêutica, chegar-se-ia à suprema aberração de negar aposentadoria especial ao professor estadual, integrante da carreira respectiva, que, nos termos do art. 58 da Lei RS nº 6.672/74 (Estatuto), fosse cedido, por exemplo, à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, porque, como é óbvio, tal entidade não integra o Sistema Estadual de Ensino. Por não estar a mencionada Universidade abrangida pelo elenco (discutível) formulado pelo art. 7º da citada Lei RS nº 5.751/69, o professor em foco, *mesmo ministrando regularmente suas aulas, em instituição oficial*, ficaria alijado do direito estatuído pela Lei Maior, eis que, segundo imposição do Poder Executivo, numa interpretação estreita e bitolada do art. 2º da Lei RS nº 6.672/74,

inciso V, só é "atividade de magistério a dos Professores, a dos Especialistas de Educação e a *diretamente ligada*, no plano técnico-pedagógico, ao funcionamento do Sistema Estadual de Ensino e ao aperfeiçoamento da educação". Tal ilação, evidentemente, não passa, *permissa venia*, de flagrante sofisma.

Na trilha desse raciocínio, não teria melhor sorte, em face dessa esdrúxula postura, o membro do Magistério Estadual que, posto à disposição, e.g., da Escola de Polícia, ali ministrasse aulas de sua habilitação específica (Lei RS nº 7.366/80, art. 48), pois tal instituição de ensino não está elencada no rol do mencionado art. 7º da Lei RS nº 5.751/69, o que inviabilizaria a respectiva contagem de tempo para os efeitos do disposto no art. 40, III, *b*, da Constituição Federal, verdadeiro absurdo, por evidente.

Idêntico e inadmissível corolário ter-se-ia de inferir em relação aos professores que exercessem "funções de magistério", entre outras, na Academia de Polícia Militar (Lei RS nº 6.196/71, art. 22), na Escola de Saúde Pública (Lei RS nº 8.189/86, art. 18) ou na Escola do Serviço Penitenciário (Lei RS nº 6.502/72, art. 4º). Afigura-se, por óbvio, *in integrum*, descabida e absurda tal ilação, eis que essa subordinação do "exercício de funções de magistério" a instituição do Sistema Estadual de Ensino, representa um evidente *plus*, inexistente no texto constitucional, como referido acima, pois o mesmo institui o direito para quem comprove, apenas, "efetivo exercício de funções de magistério", sem, evidentemente, por despiciendo, cogitar de local de trabalho, desde que, como antes referido, sejam tais funções desempenhadas em instituições oficiais ou, pelo menos, reconhecidas pela autoridade competente. (Lei Fed. nº 4.024/61, arts. 9º e 16; Lei RS nº 4.724/64, art. 6º).

A propósito do referido art. 2º da Lei RS nº 6.672/74, que define "Sistema Estadual de Ensino", "Pessoal do Magistério Público Estadual", "Professor", "Especialista de Educação" e "Atividade de Magistério", não se afigura despropositado lembrar que, em seu *caput*, dito dispositivo estabelece serem tais conceituações "para os efeitos desta Lei, de-

terminando, de outra parte, no art. 97, que a *aposentadoria* e a disponibilidade do membro do Magistério regem-se pelas normas estabelecidas na *Constituição, na legislação complementar* e no Estatuto do Funcionário Público Civil do Estado."

Se, por conseguinte, a aposentadoria especial do professor está, na Lei Maior, cronologicamente, inclusive, posterior à lei local, condicionada, apenas, ao "efetivo exercício de *funções de magistério*, como admitir-se que exegese restritiva e exacerbada, e, como tal, cerceadora, inclua, como condicionante, seja a instituição onde se exercem tais funções integrante do Sistema Estadual de Ensino, como reivindica o Parecer nº 8.961/91, da Procuradoria-Geral do Estado?

Se a norma constitucional hoje vigente, inserta no art. 40, III, *b*, é idêntica à da anterior Carta Magna, como demonstrado no início destas considerações, afigura-se difícil à Procuradoria-Geral do Estado, hoje tão rigorosa e radical em sua posição, explicar os seguintes Pareceres:

5.282/83: "O professor cedido à LBA, por força de convênio destinado à realização de trabalho integrado SEC-LBA no setor educacional, que efetivamente exerce funções de Magistério no órgão cessionário, faz jus ao cômputo do tempo de serviço respectivo para a aposentadoria antecipada." (grifei).

5.452/83: "Aposentadoria de professora após 25 anos de efetivo exercício, em funções de Magistério. Adequação da expressão constitucional 'função de Magistério' à atividade desenvolvida por professor no exercício de função ligada a serviços de assistência educacional. O tempo de serviço prestado à *Campanha Nacional de Alimentação Escolar* constitui função de Magistério para os fins previstos na Emenda Constitucional nº 18/81." (grifei).

5.734/84: "Aposentadoria de professora após 25 anos de efetivo exercício do Magistério. A professora cedida ao *Instituto Nacional do Livro* (INL), dentro do convênio MEC-SEC para exercer a *coordenação regional* do Programa Nacional de Bibliotecas, de-

sempenhou funções equivalentes ao 'efetivo exercício do Magistério.'" (Grifei).

6.618/86: "Magistério. Aposentadoria especial (artigo 165, inciso XX, da Constituição Federal), ... Igualmente computável tempo de serviço na *Presidência da Comissão do Ano Internacional da Criança*, para aposentadoria antecipada do professor..." (Grifei).

7.515/88: "Aposentadoria especial de membro do Magistério Estadual *cedido ao Município* para o exercício de *função de Secretário de Educação*. Atividade de Magistério (!). Sistema Estadual de Ensino. *Alteração da conclusão do Parecer nº 7.305*." (grifei).

8.122/89: "Vice-Prefeito. Não há impedimento, para que *professora estadual, cedida ao Município, exerça cargo de Secretária de Educação, mesmo sendo Vice-Prefeito*. De acordo com o Parecer nº 7.515/88, desta Casa, o *tempo de serviço será computável para aposentadoria especial* previsto no art. 40, inciso III, letra b, da Constituição Federal. Havendo opção pela remuneração de Vice-Prefeito, aplica-se a regra do inciso V, do artigo 38 da Constituição Federal." (grifei).

8.480/90: "Magistério. Aposentadoria Especial. Emprego de *recreacionista da Prefeitura de Porto Alegre, exercido ainda como estudante de Escola Superior de Educação Física*. Possibilidade, diante das peculiaridades (!) da hipótese examinada." (grifei).

Em todas essas manifestações, parece flagrante o contraste entre a elástica interpretação nelas contida e o atual rigor exegético tendente a vincular a contagem de tempo de serviço em funções de Magistério ao seu exercício exclusivamente em instituição do Sistema Estadual de Ensino. Torna-se, realmente, difícil imaginar que a ele pertençam a LBA (Parecer 5.282/83), a Campanha Nacional de Alimentação Escolar (Parecer 5.452/83), o Instituto Nacional do Livro (INL) (Parecer 6.618/86), o cargo de Secretário Municipal de Educação, intrinsecamente "político" (Pareceres 7.515/88 e 8.122/89), bem como o emprego de recreacionista em Prefeitura Municipal (Parecer 8.480/90).

Nas hipóteses acima arroladas, sequer se poderia argüir, para justificação, serem ca-

sos de "cedência", figura estatutária definida claramente na Lei RS nº 6.672/74 - Estatuto do Magistério, em seu art. 58:

"Art. 58 - Cedência é o ato através do qual o Secretário de Educação (e Cultura) coloca o professor ou especialista de educação, com ou sem vencimento, à disposição de entidade ou órgão que exerça *atividade no campo educacional*, sem vinculação administrativa à Secretaria de Educação (e Cultura)." (grifei).

Impende, neste passo, mais uma vez, perquirir: importa, constitucionalmente, para efeito de aposentadoria especial, indagar onde os beneficiários de tais Pareceres exerceram suas atividades, ou é mais importante verificar se os mesmos, *realmente*, exerceram, nas entidades mencionadas, as funções de Magistério inerentes aos cargos titulados?

Mesmo, *ad argumentandum*, que se configurasse, nos casos *sub examine*, a hipótese regular de "cedência", nos termos estatutários, não seria lógico, nem legítimo, concluir que, *ipso facto*, tais "cedências" implicariam rigorosamente contagem de "efetivo exercício de funções de Magistério", eis que, *legalmente*, poderia o professor ser "cedido" à instituição educacional e, inobstante, deixar de, *efetivamente*, exercer "funções de Magistério", *stricto sensu*, para ocupar-se, por exemplo, de atividades puramente burocráticas ou administrativas, estranhas ao ensino propriamente dito.

Afigura-se, pois, extremamente temerário igualar, linearmente, todas as solicitações de aposentadoria especial erigindo como princípio, simplista ou simplório, para concessão ou indeferimento, o de estar ou não a instituição em que se verificou o exercício elencada no art. 7º da Lei RS nº 5.751/69, sem uma real comprovação de "efetivo exercício de funções de Magistério", como exigido pela norma constitucional instituidora do direito.

"Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente tornar claro o respectivo dizer, *abstratamente* falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado *para a vida real, e conducente a uma decisão reta* (Enneceurus e Max Salomon)". (Pedro Orlando, "No-

víssimo Dicionário Jurídico Brasileiro", Vol. I, verbete "interpretar") (grifei)

"Interpretação. Do latim *interpretatio*, do verbo *interpretare* (explicar, traduzir, comentar, esclarecer), é compreendido, na acepção jurídica, como a 'tradução' do sentido ou do pensamento, que está contido na lei, na decisão, no ato ou no contrato.

Neste conceito, a 'interpretação' vem, em realidade, sondando a 'intenção' ali contida, fixar a inteligência verdadeira do que se interpreta para que assim se possa cumprir o pensamento do elaborador.

Mas, tendente a 'esclarecer' ou 'explicar', por outras palavras, o exato sentido contido em um 'escrito', *não deve a 'interpretação' ir além da intenção presumidamente ali objetiva*. Nesta razão, deve a interpretação esclarecê-la ou traduzi-la. *mais para validá-la que para a anular.*' (De Plácido e Silva, "Vocabulário Jurídico", Vd. I) (grifei).

Com esteio, precipuamente, nesta última assertiva do ilustre jurista, ousaria asseverar, com a devida vênia, que a Administração Pública Estadual, segundo deixa transparecer a radical e linear orientação imposta como regra genérica para análise dos pedidos de aposentadoria especial formulados pelos integrantes do Magistério Público, se mostra *a priori* mais inclinada a *anular* o direito insculpido na Lei Maior do que a *validá-lo*. Inúmeras aposentadorias têm sido negadas, segundo divulga amiúde o Diário Oficial do Estado, sob o fundamento de que o exercício da atividade de Magistério não se desenvolveu no "Sistema Estadual de Ensino", como se tal exigência fosse requisito constitucional para implemento do direito negado. Assim, por exemplo, a edição do dia 1º-6-92, à fl. 08, estampa despacho do Sr. Secretário do Planejamento e da Administração, no Boletim nº 3431/92 - SPA, indeferindo aposentadoria especial, "por não implementar o mínimo de 25 anos de efetivo exercício de funções de magistério em *órgão subordinado ao Sistema Estadual de Ensino*." (grifei).

Esse indeferimento, de teor idêntico a tantos outros, diz respeito a integrante de um grupo numeroso de vítimas dessa mal-

sinada orientação adotada pelo Estado. Formam-no os professores que, por lamentável sina, exerceram suas funções, durante muitos anos, em setores da Cultura, sendo, por isso, obrigados a, aleatória e compulsoriamente, atuar fora da Secretaria de Educação, eis que esta Pasta, intermitentemente, abrigou ou não a Cultura. Esses integrantes do Magistério Estadual tiveram seus pedidos de aposentadoria especial desconsiderados, por não se encontrarem, como alegado, no Sistema Estadual de Ensino, independentemente de terem exercido "funções de Magistério", como comprovadamente ocorreu, perpetrando-se, assim, lamentável injustiça, com fulcro, apenas, em linear e abstrato princípio, divorciado da realidade.

Tal postura, *data venia*, prima pela incongruência, eis que, como público e notório, a Secretaria de Educação, ao longo do tempo, andou, como referido, intermitentemente, aliada à Cultura, alternando-se entre Secretaria de Educação e Cultura e Secretaria de Educação, sem que os professores nela lotados perdessem sua vinculação ao serem, coercitivamente, transpostos, com os respectivos órgãos de lotação, para outros, desvinculados, eventualmente, da Pasta da Educação. Nesse sentido, se admitida a exegese imposta pela Administração Pública Estadual, chegar-se-ia, provavelmente, ao absurdo de conceder a aposentadoria especial aos mencionados professores, enquanto em exercício na Secretaria de Educação e Cultura, negando-a, entretanto, no instante em que, por força de desmembramento, passassem a atuar na Secretaria de Cultura ou órgão equivalente, sem se indagar se nesse novo local de trabalho continuaram a exercer a mesma atividade que vinham desenvolvendo.

A Secretaria de Educação, pelo Decreto nº 578, de 22-7-42, passou a denominar-se "Secretaria de Educação e Cultura" (Artigo 1º), englobando, entre suas instituições de *educação extra-escolar*, o Museu do Estado e Arquivo Histórico, a Biblioteca Pública e o Teatro São Pedro. Essa estrutura foi, basicamente, mantida pelo Decreto-Lei nº 246, de 13-10-42, que deu nova organização à Pasta.

Depois de passar por nova estrutura, com o Decreto nº 17.750/65, teve a Secretaria de Educação e Cultura, com o Decreto nº 21.120, de 17-5-71, significativa reorganização, figurando, entre seus Conselhos, o de Cultura, e, entre os Departamentos, o de Assuntos Culturais (DAC) (Art. 1º, I, 2 e V, 4). Essa estrutura, praticamente, foi mantida pela organização protagonizada pelo Decreto nº 21.843, de 7-7-72 (Art. 1º).

Em 15-3-79, com o Decreto nº 28.650, que alterou a estrutura organizacional da Administração Direta, passou a Secretaria a ser apenas de EDUCAÇÃO (Art. 1º, VIII), com a criação da Secretaria de CULTURA, DESPORTO E TURISMO (Art. 1º, XI). Essa organização foi completada pelo Decreto nº 28.654, de 22-3-79, e, ainda, pelo Decreto nº 28.709, de 4-5-79, que transferiu, da Secretaria de Educação para a Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo, o Departamento de Assuntos Culturais (DAC) e o Conselho Estadual de Cultura (Arts. 1º e 2º).

Este último decreto, em seu art. 4º, estabelece:

"Art. 4º - Ficam relatados na Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo, com os respectivos titulares, os cargos em comissão, funções gratificadas e os cargos de provimento efetivo dos órgãos transferidos, bem como os servidores extranumerários e contratados em exercício nos mesmos.

Parágrafo único - *Excetuam-se* do disposto neste artigo os cargos de provimento efetivo de membros do Magistério Público Estadual e os professores extranumerários e contratados.

Art. 5º - Os membros do Magistério Estadual, inclusive extranumerários e contratados, que na data da publicação deste Decreto se encontrem em exercício no Departamento de Assuntos Culturais retornarão à Secretaria de Educação à medida que forem sendo dispensados das tarefas que vêm desempenhando." (grifei).

Para impedir que os professores em exercício na Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo sofressem prejuízo na carreira, em termos de promoção, o Decreto nº 30.344, de 5-10-81, acrescentou parágrafo único ao art. 28 do Decreto nº 29.847m de 15-10-80

(Regulamento de Promoções do Magistério Público), que ficou assim redigido:

"Art. 28 - A partir de 14 de outubro de 1980, o membro do Magistério que estiver à disposição da União, de outras Unidades da Federação ou de qualquer Órgão não vinculado à área educacional, com ou sem ônus para o Estado, concorrerá à promoção somente por antiguidade, salvo o disposto no Decreto nº 25.181, de 20 de dezembro de 1978, art. 2º.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica aos membros do Magistério Público Estadual de que trata o art. 5º do Decreto nº 28.709, de 4-5-79." (Pessoal em exercício no Departamento de Assuntos Culturais) (Grifei).

Em 26.3.82, com a edição do Decreto nº 30.602, várias instituições da Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo foram transferidas para a Secretaria de Educação (Art. 1º), merecendo destaque, além de quatro Bibliotecas, as *Escolinhas de Arte* "Carlos Barone", de Passo Fundo, "Odessa Macedo", de Bagé, e "Infanto-Juvenil" (Centro de Desenvolvimento de Expressão), de Porto Alegre, onde membros do Magistério, seguramente, exerceram atividades docentes especializadas, não reconhecidas, porém, pela esdrúxula decisão do Governo Estadual de só admitir, para a aposentadoria especial, tempo de serviço em instituição tutelada pela Secretaria de Educação.

Nesta hipótese *sub examine*, é possível perceber, à evidência, o absurdo da determinação governamental: os mesmos professores, na mesma escola, enquanto colocada, por artifício legal, no âmbito da Secretaria de Educação, teriam, possivelmente, admitido, como tempo de serviço aproveitável para a aposentadoria especial, o exercido nesse período, não o tendo, entretanto, reconhecido quando referente à Secretaria de Cultura, onde se situava anteriormente à transposição a mesma Escola. Realmente, um paradoxo.

Aliás, a propósito, cumpre lembrar que esse Decreto nº 30.602/82, em seu art. 4º, estabelece:

"Art. 4º - Os membros do Magistério Estadual, inclusive extranumerários e contratados, que na data da publicação deste Decreto se encontrem em exercício nas instituições mencionadas no art. 1º deste Decreto, retornam à Secretaria de Educação." (grifei).

Impende, de outra parte, mencionar, para um mais correto e justo ajuizamento do transtorno funcional sofrido pelos professores que atuaram nessas Escolinhas de Arte, que as mesmas, depois de, pelos Decretos nºs 31.753/84 e 32.558/87, terem mudado sua denominação para "Centro de Desenvolvimento da Expressão", foram, pelos Decretos nºs 32.782/88 (Art. 1º) e 33.735/90 (Art. 1º), que alteraram o art. 2º do Decreto nº 32.558/87, subordinadas, respectivamente, ao Conselho Estadual de Desenvolvimento Cultural e, após, à Secretaria de Cultura, criada pela Lei nº 9.117/90.

Em 15-3-83, pelo Decreto nº 31.120, voltou, novamente, a Secretaria de Educação a ser Secretaria de Educação e Cultura (Art. 1º, VIII), sendo para ela transferidos (Art. 2º) os Departamentos de Cultura e de Desportos e os Conselhos Estadual de Cultura e Regional de Desportos (§ 1º), criando-se, simultaneamente, as Subsecretarias de Cultura e a de Desportos.

Mais uma vez, pelo art. 6º desse Decreto nº 31.120/83, ficou determinado:

"Art. 6º - Os membros do magistério estadual e os demais servidores, inclusive extranumerários e contratados, que, na data da publicação deste Decreto, se encontrarem cedidos ou à disposição da Secretaria de Cultura, Desporto e Turismo, em exercício nos Departamentos transferidos, conforme artigo 2º, deste Decreto, retornarão às suas repartições de origem." (grifei).

Em 15-3-87, novamente, com a criação do Conselho Estadual de Desenvolvimento Cultural, pelo Decreto nº 32.515 (Art. 8º, c), voltou a Secretaria de Educação e Cultura a ser, mais uma vez, apenas Secretaria de Educação, em face do Decreto nº 32.516, da mesma data, que alterou denominação e atribuições de Secretarias (Art. 1º, VIII), tendo o Decreto nº 33.314/87 acrescentado ao art. 1º do mencionado nº 32.516 o inciso

XIV, relativo à recriada Secretaria de Cultura, Turismo e Desporto.

Em 21-4-87, pelo Decreto nº 32.543, foi estabelecida a organização do Conselho Estadual de Desenvolvimento Cultural, sendo, em 10-7-87, pelo Decreto nº 32.580 (alterado pelo Decreto nº 32.622/87), extinta a Subsecretaria de Cultura, determinando seu art. 2º:

"Art. 2º - Os funcionários, os membros do Magistério Estadual e inclusive os servidores contratados e extranumerários com exercício na Subsecretaria de Cultura ficam transferidos para o Conselho Estadual de Desenvolvimento Cultural, de que tratam os Decretos nºs 32.515, de 15 de março de 1987, e 32.543, de 21 de abril de 1987.

Parágrafo único - De acordo com o seu programa de recursos humanos, o Conselho Estadual de Desenvolvimento Cultural recombinará à Secretaria de Educação os servidores que excederem de suas necessidades, para aproveitamento em outras unidades de trabalho." (grifei).

Como acima mencionado, este artigo teve sua redação alterada pelo Decreto nº 32.622, de 17-9-87, ficando assim redigido:

"Art. 2º - Os funcionários, os membros do Magistério Estadual e inclusive os servidores contratados e extranumerários com exercício na Subsecretaria de Cultura permanecem com suas atuais vinculações, servindo no Conselho Estadual de Desenvolvimento Cultural, criado pelos Decretos nºs 32.515, de 15 de março de 1987 e 32.543, de 21 de abril de 1987." (grifei).

Em 29-9-89, foi editado o Decreto nº 33.314, que, como antes referido, ao alterar o Decreto nº 32.516/87, além de acrescentar o item XIV ao art. 1º, relativo à Secretaria de Cultura, Turismo e Desporto, transferiu, no art. 4º, para a mesma, o Conselho Estadual de Desenvolvimento Cultural (reorganizado pelo Decreto nº 33.316, de 29-9-89), o Conselho Regional de Desportos e a Subsecretaria de Desporto da Secretaria de Educação, estabelecendo, em seu art. 6º:

"Art. 6º - Ficam relatados na Secretaria de Cultura, Turismo e Desporto, com os respectivos titulares, os cargos em comissão,

funções gratificadas e cargos de provimento efetivo dos órgãos transferidos, bem como os servidores extranumerários e contratados em exercício nos mesmos.

Parágrafo único - *Excetua-se* do disposto neste artigo os titulares de cargos de provimento efetivo do *Magistério Público Estadual* e os professores extranumerários e contratados, que passam a servir nos órgãos transferidos, *mantendo suas atuais vinculações*." (grifei).

Finalmente, em 23-7-90, pela Lei RS nº 9.117, foi criada a Secretaria de Cultura, determinando o parágrafo único do art. 4º:

"Art. 4º - ...

Parágrafo único - Aos membros do Quadro da Carreira do Magistério Público Estadual, do Quadro Único do Magistério Público do Estado e aos admitidos para o Magistério sob o regime da Lei nº 4.937, de 22 de fevereiro de 1965, em exercício no Conselho de Desenvolvimento Cultural e nos órgãos que o integram, fica assegurada, no prazo de 90 (noventa) dias, a contar da publicação do Regimento da Secretaria da Cultura, a opção pela permanência no atual exercício." (grifei).

Em 27.11.91, publicava o Diário Oficial do Estado a Lei nº 9.433, da mesma data, dispondo sobre a estrutura organizacional da Administração Direta, mantendo, parece, definitivamente separadas a EDUCAÇÃO e a CULTURA, cada Secretaria com suas áreas de competência definidas no art. 4º, incisos VII e VIII.

Diante dessa espantosa cronologia, recendendo a ficção, ou insinuando tragicomédia, pelo interminável e inusitado "vai-vém" a que foram submetidos os professores atingidos por tantas alterações na denominação da Pasta Educacional, com sucessivas anexações e desanexações da Cultura, uma verdade, pelo menos, restou clara e irretorquível: nunca deixaram os membros do Magistério de ter sua vinculação à Secretaria da Educação garantida expressamente, nos inúmeros atos editados, mantendo incólumes os cargos titulados. Não foram, portanto, 'cedidos' nem 'postos à disposição'. Acompanharam, simplesmente,

como "acessórios", os respectivos órgãos em que exerciam suas funções, inerentes aos cargos titulados.

Impende, então, nesse passo, reindagar: pode-se, linearmente, *a priori*, negar a todos os submetidos a essa verdadeira "tortura" o direito de computar o tempo de exercício de suas atribuições funcionais nessas áreas mencionadas da Cultura, simplesmente por estarem as mesmas, eventualmente, fora da esfera administrativa da Secretaria da Educação, sem perquirir o tipo de atividade exercida, pelo menos, sabendo-se, como foi salientado, que, por disposição legal expressa, todos tiveram sua vinculação à Pasta Educacional resguardada?

No Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar o mandado de segurança nº 588025411 (RJTJRS nº 135, pág. 129), refere, em seu voto, o eminente Relator:

"O 'efetivo exercício em funções de magistério' para o gozo de aposentadoria especial para os professores em trinta anos e para as professoras em vinte e cinco anos, segundo a Emenda Constitucional nº 18/81, *não tem a conotação de, apenas, exercício de aulas, tanto que se refere a funções de magistério*."

Existem exceções que devem ser admitidas, entre as quais a jurisprudência desta Corte, bem como o STF vêm reiteradamente confirmando." (grifei).

Por sua vez, o Egrégio 2º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS, no julgamento do mandado de segurança nº 588021147, salienta, pela palavra de seu ilustre Relator (RJTJRS nº 135, pág. 125):

"...Por fim, é oportuno lembrar que nossa Suprema Corte, em sessão plenária de 21.8.86, já se pronunciou sobre o exato significado do predito preceito constitucional (RJTJRS, 120/15, fl. 42). O então Relator, eminente Min. Octávio Gallotti, manifestou, em seu voto, 'que a expressão 'efetivo exercício em funções', utilizada pelo legislador constituinte, tem, como escopo, a *exclusão do tempo dedicado ao desempenho de atribuições estranhas ao professorado*.'"

Daí a referência do texto a 'funções', *para exigir que sejam estas de magistério e não apenas, dessa categoria, o cargo ou emprego ocupados pelo servidor*" (grifei).

Em face dessas judiciosas, objetivas e claras assertivas, afiguram-se, s.m.j., suficientemente justificadas as ponderações aqui expendidas a respeito do polêmico assunto. Evidencia-se, inquestionavelmente, como salienta o insigne Ministro Gallotti, não ser primordial, para o correto desate da *questio juris*, a titulação de cargo de magistério, ou melhor, ser de magistério o cargo titulado, muito menos, ainda, por via de consequência, onde ele é desempenhado. Imprescindível, sem dúvida, se faz serem de magistério as funções *de fato* exercidas pelo titular do cargo, não se coadunando, por conseguinte, com tal entendimento, por inteira incompatibilidade, qualquer radicalismo exacerbado conducente a um prévio e injusto cerceamento do direito consagrado na vigente Lei Maior, confirmativa do já insculpido na anterior pela comentada Emenda nº 18/81, como ocorre, e.g., quando se erige, como fundamento absoluto e inarredável, um princípio despótico, que inadmita a individualização, partindo, sempre, para a generalização devastadora.

Impende, obviamente, reconhecer a eventual existência de justo dissídio no que concerne ao exato alcance da expressão "efetivo exercício em funções de magistério", em determinadas hipóteses, como, por exemplo, em relação ao desempenho das funções de "Secretário Municipal de Educação". Inobstante, na referência feita aos Pareceres da Procuradoria-Geral do Estado, favoráveis à contagem desse tempo de serviço para a aposentadoria especial, registrássemos nossa desconformidade com as conclusões dos mesmos, por tratar-se de atividade tipicamente político-administrativa, impõe-se admitir significativa divergência na exegese da hipótese, como ficou patente no julgamento do mandado de segurança nº 588006429, no 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do RSul (RJTJRS nº 132, 246/253), decidido favoravelmente, por maioria.

Em seu voto deferitório, assevera o eminente Relator:

"Estamos frente a uma relação jurídica de direito público na qual o sujeito originário ao qual se ligava a impetrante como professora estadual cedeu-a para um sujeito derivado, municipal, conservando o vínculo estatutário estadual, baseado num puro interesse público, vindo ela a prestar seus serviços, como Secretária de Educação do Município de ... O direito líquido e certo da impetrante é um direito previsto expressamente na Constituição, art. 165, XX, mas ele é relativo, em função de sua finalidade. No caso, a impetrante desempenhou, em todos os vinte e cinco anos de trabalho, uma atividade voltada para o interesse público, em função do magistério. Assim, entendemos o trabalho desenvolvido quer na sala de aula, ministrando as disciplinas curriculares, quer na Secretaria Municipal de Educação, subministrando àquelas professoras subordinadas a esta pasta política desenvolvida pelo Município de... em função de magistério municipal.

O direito, com sede constitucional, interpreta-se restritivamente sem excluir a racionalidade das funções desenvolvidas. Se as atividades todas gravitam nas funções de magistério, o direito à aposentadoria voluntária invocado é líquido e certo; se assim não fora, a professora que em sua escola desenvolvesse tarefas próprias - as ditas especialistas em educação, por determinação da Secretaria de Educação, ou que se aposentasse por licença para qualificação profissional - não poderia obter aposentadoria especial aos vinte e cinco anos de serviço em funções de magistério. Se o governo crê que os direitos só serão adquiridos pelo exercício pleno da função para a qual o funcionário foi concursado e investido no cargo, deveria, por coerência, eliminar todas as possibilidades de colocar funcionários públicos em desvio de função. Suprimidas as cedências, o administrador público teria sempre em mãos o pleno controle dos seus funcionários, jungindo-os às tarefas para as quais se habilitaram por concurso."

Impende, entretanto, gizar que os votos vencidos, com elogiável acuidade, registram que

"... o Secretário Municipal exerce uma função de natureza política, não necessitando ele de qualquer qualificação profissional ou técnica para exercer suas funções. Basta estar no exercício dos direitos políticos e ter a idade mínima exigida em lei. Qualquer um pode ser Secretário de Educação; logo, conclui-se daí que quem exercer essas funções não está exercendo 'funções de magistério', como exige a Lei Maior. Por isso, no caso concreto, descabe a aposentadoria especial."

De qualquer maneira, tal discrepância na interpretação da norma constitucional *sub examine*, concessiva da aposentadoria antecipada, não cinge a controvérsia ao campo restrito a que pretende conduzir a discussão a Administração Pública Estadual, ao bitolar a área de atuação dos professores estaduais à formada pelas entidades do Sistema Estadual de Ensino. *In medio stat virtus*, sem dúvida. Como assevera, com extrema propriedade, o ilustre Relator do acórdão transcrito, "o direito, com sede constitucional, interpreta-se restritivamente *sem excluir a racionalidade das funções desenvolvidas*". A regra consubstanciadora do direito em tela deve, como constitucional, ser contemplada com visão restritiva; não, porém, a tal ponto de levar à cegueira.

As "funções de magistério", criteriosamente arroladas no citado Parecer 299/82, da então Secretaria de Pessoal Civil, da União, não se podem confinar, como ali judiciosamente explicitado, ao diminuto recinto de uma sala de aula, de uma determinada instituição, de um determinado sistema, devendo, ao contrário, obrigatoriamente, incluir toda a gama de atividades que, de alguma forma, casam com a idéia de *magistério*, exercidas, *de fato*, onde quer que seja, resguardado, como é óbvio, o pré-requisito de tratar-se de curso oficial ou, pelo menos, *reconhecido* pelo órgão competente. Como sabiamente sublinharam em sua "Justificativa" os subscritores de uma das Emendas

Constitucionais referidas anteriormente, a de nº 10, visando à aposentadoria especial, "à medida que crescem as comunidades e aumenta a complexidade dos serviços, mais e mais encargos são cometidos ao professor, cidadão idealista e abnegado que dedica sua vida à nobre tarefa de servir."

Inobstante essa ampla visão espectral das variadas funções docentes abra vasta perspectiva para uma compreensão a mais justa possível da *mens legis* do polêmico dispositivo constitucional em tela, difícil se afigura o acolhimento da recém-promulgada Lei nº 9.481, de 16-3-93 (DOE de 16-3-93), que "dispõe sobre a aposentadoria especial estabelecida no art. 38, III, *b*, da Constituição do Estado" (reprodução literal do discutido art. 40, III, *b*, da Lei Maior federal).

Essa norma (Lei nº 9.481/93), cuja vigência vem de ser sustada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, através de concessão de liminar em ação intentada pelo Governo do Estado (Correio do Povo de 24-4-93, pág. 08), dispõe, ultrapassando os lindes do razoável, *verbis*:

"Art. 1º - Considerar-se-ão como de efetivo exercício nas funções de magistério, para os efeitos da aposentadoria de que trata o art. 38, III, *b*, da Constituição do Estado, as atividades docentes, a qualquer título, as administrativas, as técnico-pedagógicas e outras específicas dos demais especialistas em educação exercidas em estabelecimentos de 1º e 2º graus ou em nível de Sistema Estadual de Ensino.

Parágrafo único - Considerar-se-á, também, como de efetivo exercício nas funções de magistério, o período em que o servidor ocupar cargo de representação associativa ou sindical do Quadro do Magistério Público Estadual."

Além de vazada em termos confusos, ambíguos e contraditórios, a lei em foco contém verdadeiros absurdos, como no parágrafo único do transcrito art. 1º, ao consagrar como de *efetivo exercício* de funções de magistério o desempenho de *cargo* (!) de representação associativa ou sindical do *Quadro do Magistério Público Estadual* (!).

Antes de mais nada, impende presumir que o "cargo de representação" pertença a uma Associação ou a Sindicato, e não, evidentemente, ao "Quadro do Magistério Público Estadual", como faz supor o mal-elaborado texto legal, pois esse Quadro, criado pelo art. 148 da Lei nº 6.672/74 (Estatuto), constituído de cargos de Professor e de Especialista de Educação, não prevê "cargos de representação", nem a norma estatutária, em seu art. 2º, itens III e IV, ao definir as funções atribuídas, respectivamente, aos Professores e Especialistas de Educação, faz qualquer referência a tal "representação". Permite, apenas, a Lei nº 6.672/74, em seu art. 153, que o professor ou especialista de educação, eleito regularmente para função executiva em entidade de classe do Magistério, em âmbito estadual ou nacional, possa ser dispensado, pelo Chefe do Poder Executivo, de suas atividades funcionais, sem qualquer prejuízo, não se podendo, obviamente, tomar a aceção de tal étimo em termos absolutos. Basta, para tanto, que se tenha presente o disposto no art. 27, II, da Constituição do Estado, que assegura

"aos representantes das entidades mencionadas no inciso anterior (sindicatos e associações dos servidores da administração direta e indireta), nos casos previstos em lei, o desempenho, com dispensa de suas atividades funcionais, de mandato em confederação, federação, sindicato e associação de servidores públicos, sem qualquer prejuízo para sua situação funcional ou remuneratória, *exceto promoção por merecimento*".

Admitir, portanto, a contagem de tal tempo para efeito de promoção por antiguidade, como se infere do texto transcrito, ou, mesmo, por extensão, para aposentadoria aos 35 anos, se homem, e aos trinta, se mulher (Constituição Federal, art. 40, III, *a*), afigura-se, até, plausível. Considerar, porém, esse tempo de exercício de "cargo" em associação de classe ou sindicato como se de "magistério" fosse, parece inquestionável extrapolação das raízes de uma sensata hermenêutica da norma insculpida na Carta Magna federal, no prefalado art. 40, III, *b*, atingindo os páramos da ficção.

O Egrégio Tribunal de Justiça do RGSul, em acórdão unânime do 2º Grupo de Câmaras Cíveis, ao julgar, em 08.11.91, o MS nº 591.083.993, teve ensejo de abordar o tema em foco, decidindo:

"Se o período no qual a impetrante trabalhou na Associação dos Administradores Educacionais não caracteriza efetivo exercício em função de magistério, seja, não ministrou, como professora, em sala de aula, cultura a alunos do Sistema Estadual de Ensino, não deixou de ser professora, por isso todas as vantagens do cargo lhe foram asseguradas, mas como não lecionou no sentido próprio da palavra não pode obter aposentadoria especial." (COAD/ADV, Informativo Semanal 05/92 - Jurisprudência - 57134).

No mesmo sentido, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em acórdão unânime da 2ª T., publ. em 04.02.91, assim se manifestou:

"É incensurável a decisão que, em face da taxatividade do texto constitucional, restrito ao exercício do magistério, denega a segurança requerida por professora, a fim de contar, para fins de aposentadoria aos 25 anos, o tempo em que exerceu o cargo de tesoureira do Centro Estadual de Professores." (COAD/ADV, Informativo Semanal 11/91 - Jurisprudência - 53229).

No que concerne ao *caput* do art. 1º da mencionada Lei nº 9.481/93, está o mesmo formulado, como anteriormente referido, em termos confusos, ambíguos e contraditórios.

Estabelece, por exemplo, que se consideram funções de Magistério as atividades "*técnico-pedagógicas e outras específicas dos demais especialistas em educação*".

Ao referir-se aos "demais" especialistas, a qual ou quais categorias de especialistas se reporta fazendo menção a atividades "técnico-pedagógicas"? O Estatuto do Magistério Público Estadual (Lei nº 6.672/74), ao definir, em seu art. 2º, V, "atividade de Magistério", inclui, no "plano técnico-pedagógico", tanto a dos Professores quanto a dos Especialistas de Educação. Evidente, portanto, a errônea da lei em foco (9.481/93), que, também, incorre, nesse aspecto, em cla-

ro descompasso com o dispositivo estatutário citado ao incluir, como função de Magistério, a atividade administrativa. Nele está, com limpidez, declarada como "atividade de Magistério a dos Professores, a dos Especialistas de Educação e a diretamente ligada, no plano técnico-pedagógico, ao funcionamento do Sistema Estadual de Ensino e ao aperfeiçoamento da educação".

Em outro tópico, dispõe o mencionado *caput* do art. 1º da Lei nº 9.481/93 que as consideradas funções de Magistério serão as exercidas "em estabelecimentos de 1º e 2º graus ou em nível de Sistema Estadual de Ensino".

Afigura-se indubitável que, nessa locução, a conjunção alternativa OU torna o texto indecifrável, constituindo ela, segundo se pode inferir, evidente demasia. *A contrario sensu*, confirmando-se a alternativa, o Sistema Estadual de Ensino não englobaria estabelecimentos de 1º e 2º graus, resultando, disso, verdadeiro contra-senso.

A propósito, afigura-se, no mínimo, estranho que a Lei nº 9.481/93 faça referência, tão-só, aos estabelecimentos de 1º e 2º graus, quando a Constituição do Estado, em seu art. 206, dissentindo, aliás, do art. 7º da Lei nº 5.751/69 (Sistema Estadual de Ensino), estatui:

"O sistema estadual de ensino compreende as instituições de educação pré-escolar e de ensino fundamental e médio, da rede pública e privada, e os órgãos do Poder Executivo responsáveis pela formulação das políticas educacionais e sua administração."

Em face desse dispositivo constitucional, como interpretar a alternativa legal acima enfocada? Os eventuais hermeneutas serão, sem sombra de dúvida, compelidos a exacerbar o exercício de imaginação...

De todo o exposto, impende concluir, forçosa e lamentavelmente, que a Lei nº 9.481/93, ao invés de dissipar as dúvidas existentes no que concerne ao correto entendimento do que sejam, realmente, "funções de Magistério", veio, na verdade, obscurecer ainda mais a turva e confusa visão reinante quanto à correta interpretação do art. 40, III, b, da Lei Maior federal, instituidor da aposentadoria especial para os exercentes de *funções de magistério*.

Com a devida vênia, ainda se nos afigura mais condizente com a *mens legislatoris* a posição que, modestamente, defendemos nas ponderações expendidas e que, sem incorrer em demasia, vale repetir:

"As funções de magistério, criteriosamente arroladas no citado Parecer 299/82, da então Secretaria de Pessoal Civil, da União, não se podem confinar, como ali judiciosamente explicitado, ao diminuto recinto de uma sala de aula, de uma determinada instituição, de um determinado sistema, devendo, ao contrário, obrigatoriamente, incluir toda a gama de atividades que, de alguma forma, casam com a idéia de *magistério*, exercidas, *de fato*, onde quer que seja, resguardado, como é óbvio, o pré-requisito de tratar-se de *curso oficial* ou, pelo menos, *reconhecido* pelo órgão competente."

Procedimentos ordinário e sumaríssimo

Ovídio A. Baptista da Silva

Professor Titular de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da UFRGS

Abstract

The paper analyses the theoretical bases of the Ordinary Procedure and prove, that his essential nature is not founded in the complete judicial knowledge. We can identify the Ordinary Procedure like the modern expression of the "ordo iudiciorum privatorum" of the Roman Private Law. The author suggests to create alternatives' ways in order to preserve the instrumental nature of the Procedure.

Resumo

O estudo procura mostrar as raízes teóricas do procedimento comum, ordinário e sumaríssimo, desfazendo, inicialmente o equívoco em que incidem aqueles que supõem ser a ordinariade um fenômeno decorrente da "plenariedade" da cognição judicial. Estabelecido o conceito de procedimento ordinário como a expressão moderna do procedimento do *ordo iudiciorum privatorum* do direito privado romano, propõe-se o autor desvendar os inconvenientes mais notórios da universalização do rito ordinário, sugerindo a criação de caminhos alternativos através da diferenciação ritual, única maneira de preservar o sentido de *instrumentalidade* ao processo.

1. O vigente Código de Processo Civil brasileiro, fiel a uma tradição secular que o liga ao direito romano, adota o *Procedimento Ordinário* como forma ritual padrão, de onde as demais formas especiais de procedimento que, por uma ou outra razão, não sigam a ordinariade, devem retirar as re-

gras complementares que haverão de preencher a ausência de disciplina específica.

O *Procedimento Ordinário* desempenha, portanto, em nosso direito, uma tríplice função: a) serve de parâmetro para os demais procedimentos não-ordinários; b) fornece-lhes, a estes procedimentos, regras suplementares, sempre que o legislador não as inscreva como exigência da especialidade; c) será o procedimento a ser adotado tanto que superados os motivos determinantes da especialidade procedimental, de modo que toda ação passa a ser ordinária, depois de ultrapassadas a fase ou o incidente que determinam sua diversidade ritual.

2. A doutrina em geral não se preocupa com a gênese das instituições e categorias jurídicas próprias do direito processual civil, sendo raro encontrarem-se, em manuais universitários e mesmo em tratados, referências de algum valor às origens do *Procedimento Ordinário* que, em geral, é dado como um pressuposto lógico, ou uma premissa teórica, de todo o discurso prático, a respeito da qual não se discute, como se a ordinariade fosse um fenômeno derivado da própria natureza das coisas.

Assim como a doutrina não dedica grande atenção às origens históricas do *Procedimento Ordinário*, assim também menos ainda se preocupa em rastrear-lhe a evolução, para desvendar a trajetória, rica de ensinamentos, através do direito medieval europeu, de modo que se pudesse recompor a genealogia do conceito de ordinariade.

Daí porque é comum imaginar-se que o *Procedimento Ordinário* deva sua natureza, ou sua nota conceitual específica, à circunstância de ser ele um "procedimento plenário", capaz de oportunizar ampla discussão

de todas as questões litigiosas, porventura existentes entre as partes, a fim de que a sentença as compreenda a todas, compondo inteiramente a lide, naquele sentido que lhe dava Carlenutti, ao defini-lo como formando o que ele denominava "lide total".

Ordinário, para esta forma de entender o problema, será o procedimento capaz de permitir tanto a ampla defesa do demandado, quanto igualmente todos os pedidos e alegações que o autor pretenda articular contra aquele, para obtenção da tutela jurisdicional pretendida.

É fácil, no entanto, perceber que, nesse modo de conceituar a *ordinariedade*, confunde-se *forma* com *substância*, acabando por definir o rito pelo que eventualmente ele possa conter de matéria da eventual controvérsia que lhe caiba veicular.

É conveniente, portanto, que se desfaçam desde logo esses mal-entendidos. Um procedimento ordinário pode perfeitamente servir de instrumento para uma demanda que não seja *plenária*, para uma causa que tenha seu conteúdo litigioso de alguma forma limitado, pela impossibilidade em que as partes se encontrem de controverter a respeito de certas questões igualmente litigiosas.

Pode-se dizer, seguindo a linha de seu desenvolvimento histórico, que o *Procedimento Ordinário* difere, em suas origens romanas, dos *interditos*, enquanto estes eram processos especiais confiados à jurisdição do pretor, ao passo que a *actio*, derivada sempre de uma relação obrigacional, era julgada por um juiz privado, despido de jurisdição, chamado *iudex* que, por este motivo, limitava-se a proferir uma *sententia*, sem força executiva e, portanto, incapaz de dar ensejo à execução forçada.

O procedimento é ordinário por obedecer rigorosamente a uma *ordem procedimental*, segundo a qual o ato de julgamento haverá de ser necessariamente o pronunciamento final do magistrado com que se encerre a relação processual. Esta exigência determina que o procedimento se desenvolva através de fases mais ou menos distintas e diferenciadas que irão desde o pedido inicial formulado pelo autor até a sentença com que

o juiz, julgando o mérito da causa, dê pela procedência ou improcedência da ação.

A denominação de *Procedimento Ordinário* provém, originariamente, da circunstância de ser ele o instrumento de que dispunha o direito romano para as demandas privadas que não envolvessem os direitos fundamentais atribuídos aos cidadãos de Roma, ou não cuidassem de dar proteção jurisdicional aos direitos públicos subjetivos. Era enfim o procedimento do *ordo iudiciorum privatorum*. Daí a designação de ordinário, enquanto procedimento do *ordo*, em contraposição aos *juízos extraordinários*, dentre os quais incluíam-se os *interditos*.

3. Em razão de inúmeras circunstâncias doutrinárias e históricas, que não vêm ao caso agora mencionar, a estrutura do *Procedimento Ordinário* universalizou-se, dando lugar ao surgimento da instituição conhecida como *Processo de Conhecimento*, que é um procedimento de sentença que se esgota com o julgamento da causa e que, por sua própria definição conceitual, não poderá conter qualquer vestígio de atividade prática, tendente a realizar, no plano dos fatos, o enunciado sentencial. O denominado *Processo de Conhecimento*, de inspiração francesa, que os juristas portugueses, com razão, preferem denominar "processo declarativo", não pode conter atividade executória, limitando sua função jurisdicional às ações meramente declaratórias, as condenatórias e constitutivas que são, aliás, as únicas ações admitidas pela grande maioria da doutrina.

4. A *ordinariedade* de todo o *Processo de Conhecimento* provém destas duas vertentes históricas e doutrinárias: a sentença deverá desempenhar nele a função de encerrar a relação processual, com ou sem julgamento de mérito, como diz o art. 162 do Código de Processo Civil. Em virtude desta determinação conceitual, tornada imposição legal em nosso direito, todos os demais provimentos que o magistrado porventura venha a proferir no curso da causa, não serão nunca *provimentos de mérito*, mas simples *decisões interlocutórias* que, segundo a doutrina, nada *decidem* sobre o *meritum causae*.

Se fôssemos rigorosos na análise, poderíamos afirmar que o *Processo de Conhecimento* é necessariamente, por definição, *ordinário*, pois devendo a apreciação do mérito ocorrer exclusivamente na sentença final que encerre a relação processual, e somente existindo nele *conhecimento*, e não *execução*, a concessão de uma liminar que invertesse o rito ordinário não teria como ser executada no *Processo de Conhecimento*, que, insiste-se mais uma vez, não contém execução; e nem a liminar está arrolada dentre os títulos executivos do art. 584 do CPC.

5. Esta a primeira razão teórica que limita a função do *Processo de Conhecimento*: - sendo ele um processo apenas declaratório, não poderá conter função executiva que faça parte das demandas por ele veiculadas, pois a drástica separação entre as duas funções jurisdicionais - o conhecimento e a execução - torna impossível a obtenção de algum resultado que ultrapasse a declaração do direito do litigante vitorioso, devendo, além disso, ser a atividade executiva sempre consequencial à sentença formadora do *título executivo*. Na verdade, para a doutrina, não poderá haver nem mesmo execução que preceda à declaração do direito a ser executado, como mostramos noutro lugar (*Curso de Processo Civil*, 3ª vol., pág. 33).

Liebman resume nesta frase a natureza inteiramente distinta das atividades jurisdicionais a serem realizadas pelo *Processo de Conhecimento* e pelo *Processo de Execução*. Diz ele: "A função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies de atividades, muito diferentes entre si: de um lado, o exame da lide proposta em juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro lado, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade, de modo que se realize a coincidência entre a regra e os fatos" (*Processo de execução*, 1946, n. 18, pág. 79).

Sendo ambas as funções de natureza assim tão diversas, a primeira delas onde a atividade do juiz é prevalentemente de *caráter lógico*; e na execução, ao contrário, sendo

a atividade prevalentemente *prática e material*, prossegue Liebman, é natural que a cognição e a execução sejam ordenadas em dois processos distintos (pág. 81).

Esta proposição teórica já seria suficiente para impedir que se obtivesse, no *Processo de Conhecimento*, qualquer resultado prático capaz de ser identificado com a função executiva, posto que nele apenas se obtém a "formulação da regra jurídica" concreta que deve regular o caso. Formular a regra jurídica é, essencialmente, declarar sua incidência para disciplina da relação litigiosa.

Mas há outra razão que converge para o mesmo resultado, consubstanciado no apelo de todas as correntes doutrinárias à classificação das ações, reduzindo-as às três espécies tradicionalmente admitidas, quais sejam, as declaratórias, as condenatórias e as constitutivas.

Estas três ações, por força de uma contingência necessariamente decorrente de seus conceitos, não podem produzir decisões (ou sentenças) liminares, de mérito, uma vez que toda liminar - enquanto decisão provisória - somente terá alguma relevância prática, se *práticas*, e não *normativas* forem as consequências que tais provimentos produzam. Quer dizer, o autor somente poderá, com alguma vantagem efetiva, obter através de uma medida liminar, algum efeito executivo ou, no mínimo, efeito mandamental.

E tais *efeitos práticos*, de cunho executório, ficam, por definição, excluídos do *Processo de Conhecimento*, como resultado da separação das duas funções jurisdicionais básicas.

6. Feitas estas considerações, é possível particularizar o exame do tema relativo ao instrumento denominado pelo Código de Processo Civil *procedimento comum*, aí compreendidos o *Ordinário* e o *Sumaríssimo*, que é propriamente o assunto que nos propomos abordar.

O que caracteriza verdadeiramente e *ordinariedade*, sob o ponto de vista estrutural, é ser o ordinário um procedimento com fases mais ou menos distintas e características que se desenvolvem segundo uma ordem

predeterminada: começa-se pela fase postulatória, passa-se depois para a fase saneadora, para ingressar na terceira fase do procedimento ordinário, que é a fase de instrução da causa, para só então atingir-se a fase de julgamento, ou decisória, propriamente dita, sempre supondo-se que julgar ou decidir é dizer o direito em sentença final que encerre a controvérsia, de modo que julgar provisoriamente, em decisão incidente, é não julgar, ou nada decidir.

Este espalhar-se do procedimento ordinário, por fases distintas e diferenciadas, é uma de suas características mais evidentes e a nota conceitual básica para sua definição.

Mas é preciso notar que a existência das fases, através das quais o procedimento ordinário se desenvolve, de modo que se possa determinar, com precisão quando se está a passar de uma fase à fase seguinte, pressupõe, antes exige, que estas fases não sejam formadas exclusivamente pela atividade que, por definição, deverá ser apenas preponderante, nunca exclusiva.

Sendo assim, na fase de postulação haverá de predominar a atividade das partes tendente a fixar as pretensões que o autor quer ver reconhecidas contra o réu, com menção dos fatos e fundamentos jurídicos por ele articulados, como base legal para o reconhecimento de sua procedência. Ao mesmo tempo, haverá o demandado de oferecer sua defesa, opondo-se ao pedido contra si formulado pelo autor, dando também ele os fundamentos jurídicos que, uma vez acolhidos, determinarão a improcedência da ação. Isto, porém, não impede que, dentro da fase postulatória, ocorram atividades saneadoras, instrutórias e, eventualmente, até mesmo de julgamento, com extinção, desde logo, da relação processual. Basta lembrar, quanto à produção da prova, que o oferecimento dos documentos pelas partes que pretendam produzir esta espécie de prova, deverá ocorrer, respectivamente, com a petição inicial e com a contestação; assim como é dever do juiz exercer atividade saneadora do feito desde que a petição inicial lhe é submetida para despacho liminar.

Do mesmo modo, poderá haver, excepcionalmente, atividade de julgamento na fase que seria destinada ao saneamento do processo. Isto é normal e define a ordinariade.

7. Por sua natureza de procedimento que se espalha e dilata por fases sucessivas, que lhe prolongam o período necessário à obtenção do provimento decisório final, sem a concentração dos atos processuais numa única fase, é própria do Procedimento Ordinário a ocorrência de provimentos judiciais incidentes, denominados por nossa lei *decisões interlocutórias*, por meio das quais o juiz resolve as questões incidentes que porventura apareçam, dirigindo o processo, e cuidando para que ele alcance o fim que lhe é proposto, cumprindo, com a maior regularidade e perfeição possíveis, a finalidade a que ele se destina.

Se o procedimento tiver caráter verdadeiramente ordinário, estas decisões ditas *interlocutórias* nunca poderão apreciar ou decidir *questões de mérito*, embora possam prejudicá-lo, impedindo que o julgador venha a julgar, no momento próprio, o mérito da causa. Isto poderá ocorrer, por exemplo, quando o juiz reconhecer a existência de coisa julgada, a impedir que ele novamente se pronuncie sobre o mérito da demanda que lhe é submetida a julgamento. Neste caso, que definiria uma autêntica *interlocutória*, segundo a tradição de nosso direito, desde suas fontes lusitanas, é conceituada por nosso Código como sentença, por se tratar de ato terminativo do feito, embora não seja sentença de mérito.

Este percurso sempre distendido e moroso, próprio do procedimento ordinário, exige a utilização de um remédio adicional de grande merecimento e indiscutível importância para que ele se mantenha fiel a suas finalidades institucionais. O instrumento de que se vale a lei para preservar-lhe a funcionalidade, forma-se a partir do princípio de que todo o processo, por sua própria natureza essencial, deve ser sempre um percurso, teleologicamente estabelecido, de tal modo que a atividade a ser desenvolvida tenha um determinado ponto, como seu

marco inicial, sendo necessário percorrer as etapas sucessivas, a partir desse ponto inicial, até atingir o ponto estabelecido como metal final do processo.

Esta idéia de processo, como um progresso, ou como um percurso, a ser cumprido a partir de uma etapa inicial, é inerente a todos os processos que se verificam na natureza, não sendo uma particularidade dos processos judiciais. E é precisamente para preservar sua natureza que a lei se vale do instituto da *preclusão*, por meio da qual procura impedir que o processo retorne às etapas já percorridas, de modo que o processo seja sempre um progresso teleologicamente ligado a um objetivo predeterminado.

Como se dá com todos os processos que ocorrem no reino da natureza, sejam eles biológicos, físicos ou químicos; ou no domínio das ciências sociais, procura-se assegurar que o processo judicial se mantenha fiel ao mesmo princípio. Esta é a função atribuída à *preclusão*, cuja utilidade prática se faz notar com maior vigor no procedimento ordinário.

É claro que uma tal proibição de retorno não terá, no domínio do processo civil, a inexorabilidade de uma lei natural; e nem estará submetida à lei da necessidade que preside aos acontecimentos verificados no reino da natureza.

Mas é importante ter presente que este movimento de retorno sobre si mesmo será sempre um acontecimento excepcional, a exigir justificação especial.

8. As virtudes mais evidentes do *Procedimento Ordinário* ligam-se a essa sua predisposição para ser um procedimento amplo, adequado a servir de instrumento para demandas de alta complexidade, onde se façam necessárias investigações probatórias demoradas, de múltiplas espécies, de modo que o produto final oferecido por este procedimento seja uma sentença tanto quanto possível resultante de um juízo de certeza sobre os fatos articulados pelos litigantes e seu correspondente enquadramento legal; e possa a coisa julgada que se forme sobre a sentença ser expressão da ambicionada justiça material.

Embora, como já ficou registrado, possa o procedimento ordinário servir como veículo para demandas *não-plenárias*, cujo campo litigioso se tenha encurtado, pela supressão de alguma área de conflito, não se deve perder de vista que sua vocação natural é servir de instrumento para as *demandas plenárias* e, como tais, complexas e demoradas. Ao defrontar-se com o eterno dilema inerente ao fenômeno processual, que lhe impõe a opção necessária entre as duas polaridades essenciais ao fenômeno jurídico - a *justiça*, de um lado; e a *efetividade* do direito que o processo tem por missão assegurar - o procedimento ordinário não vacila em renunciar à efetividade, na busca da segurança e da justiça.

9. Assim como se dá com os demais instrumentos disponíveis no campo do processo civil, também aqui não há nenhum deles que possa ter a veleidade de somente oferecer vantagens, sem causar, em certas circunstâncias, ou para certas hipóteses, inconvenientes e desvantagens; às vezes de pequena monta e perfeitamente toleráveis; outras vezes exasperadas em sua potencialidade danosa, a ponto de tornar discutível a utilização do instrumento em questão.

E as inconveniências e desvantagens do Procedimento Ordinário decorrem, paradoxalmente, de suas características básicas, que há pouco indicamos como suas virtudes essenciais.

Sucedem que, para certas causas, ou em virtude de circunstâncias especiais, a busca da justiça perfeita, a um custo temporal exagerado, pode significar o irremediável sacrifício do interesse cuja tutela é dever constitucional do Estado assegurar.

Nestas hipóteses - quando a *urgência em prover* seja uma imposição para que se evite o perecimento do direito, incapaz de aguardar o lento percurso do *Procedimento Ordinário*; ou ainda nos casos em que a singularidade da causa possa permitir a utilização de instrumentos mais simples, dotados de maior agilidade e menos peso; ou finalmente quando a *verossimilhança* do direito invocado na ação alcance um grau tão elevado

que o aproxime da certeza; em qualquer destas hipóteses as vantagens naturais da ordinarietade passam a ser vistas como embaraço à obtenção de resultados desejáveis.

Em qualquer destas situações, o emprego do *Procedimento Ordinário* é uma demasia inútil, particularmente quando o grau de verossimilhança seja tão alto que o direito invocado pelo demandante possa ser qualificado como "líquido e certo". Aqui a sujeição da demanda ao rito ordinário corre o risco de ser acusada de inconstitucionalidade.

10. Chegados a este ponto, é possível dedicar algumas considerações ao denominado *Procedimento Sumaríssimo*, para dizer que o mesmo é rigorosamente um procedimento também ordinário, tanto quanto aquele a que o Código empresta esta denominação.

Realmente, quem se der ao trabalho de investigar as origens históricas do procedimento a que hoje damos o nome de sumaríssimo verá que ele nada mais é do que um procedimento ordinário *abreviado*, ou como lhe chama Victor Fairén Guillén (*El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953), um "plênário rápido", o que equivale a dizer, um procedimento que não se sumaria pela redução das questões da lide, como ocorre na verdadeira sumarização material da causa.

A sumarização própria de nosso *Sumaríssimo* dá-se apenas no aspecto formal, nada tendo a ver com o fenômeno que, no direito medieval, deu origem às verdadeiras *demandas sumárias*, tais como os processos monitorios, a condenação com reserva e as ações cautelares (R. Vacarella, *Titolo esecutivo, precepto, opposizioni*, UTET, 2a. ed., 1993, pág. 10), a que poderíamos, sem dúvida, acrescentar a própria formação do conceito de título executivo.

O *Procedimento Sumaríssimo*, com efeito, não passa de um ordinário curto, ou imaginado para ser um procedimento abreviado que, mantendo a mesma disposição estrutural própria da ordinarietade, apenas realiza a concentração das respectivas fases, sem contudo as modificar ou inverter.

A proverbial inoperância que tem acompanhado o *Procedimento Sumaríssimo* é devida ao inocultável descompasso que se estabelece entre o instrumento processual, por tal modo simplificado e reduzido, e as demandas cuja instrumentalização lhe cabe realizar que, ao contrário, permanecendo *plenárias*, continuam a exigir formas procedimentais compatíveis com sua complexidade probatória.

Dir-se-ia que a tentativa de revigorar o *Procedimento Sumaríssimo*, à imagem do "juízo sumário indeterminado" da *Clementina Saepe Contingit*, a decretal do Papa Clemente V, de 1306, assenta-se na suposição de que a lei reguladora dos procedimentos possa dar às costas ao direito material, dobrando-o às suas conveniências, a ponto de mutilá-lo inteiramente.

Neste modo de conceber o processo, supondo-se que lhe caiba o direito de criar os procedimentos sem qualquer compromisso com as infinitas individualidades próprias de cada direito material, há uma lamentável inversão de papéis, em que o processo, que fora concebido e criado para servir de instrumento ao direito material, passa a moldá-lo, tornando-se direito condicionante, reservado ao direito material o papel de direito subordinado e dependente.

O fantástico mal-entendido gerado pelo que Fairén denomina a "fabula" de um "procedimento rápido formal" (ob. cit., pág. 64), decorre, basicamente dessa circunstância, pois nosso legislador pretendendo instituir um procedimento "ordinário rápido", com simplificação de formas exteriores e a correspondente concentração de fases procedimentais, não teve o cuidado de reservar-lhe demandas singelas, de pequena complexidade, de modo que o instrumento se mantivesse harmoniosamente afeiçoado a seus objetivos.

Reduziu-se o instrumento, porém manteve-se altamente complexa a lide que ele veicula.

Nas raras ocasiões em que o modelo do procedimento sumaríssimo teve sucesso, o milagre foi devido, precisamente, à compatibilidade entre a simplicidade ritual do

procedimento e a pequena complexidade dos conflitos que lhe eram atribuídos por lei.

Foi o caso, no direito brasileiro, do emprego do *procedimento ordinário rápido* na Justiça do Trabalho, ao tempo que esta jurisdição especial ainda não se encontrava sob o peso de uma avalanche de ações que atualmente impede a paralização de seu funcionamento regular.

A transposição, no entanto, da experiência obtida na Justiça do Trabalho para a justiça comum, sem considerar a natural complexidade própria das controvérsias civis, na grande maioria a exigir provas demoradas de natureza técnica, demonstra uma certa ingenuidade do legislador, a sonhar com o mito da onipotência da lei, sem levar em conta as peculiaridades de cada demanda, impostas pelo direito material.

11. É necessário, porém, esclarecer nossa posição, relativamente ao *Procedimento Comum* - seja ele o procedimento que conheçamos como *Ordinário*, seja o *Procedimento Sumaríssimo*. Como antes dissemos, nossa objeção não se dirige tanto a estes procedimentos quanto a sua universalização, como se fosse o único legítimo, ou aquele que oferecesse, em quaisquer circunstâncias, os melhores resultados.

Na verdade, os procedimentos, como todo instrumento, em si mesmos não são essencialmente bons ou maus; assim como os medicamentos que tanto podem ser milagrosos ou inócuos, segundo sejam empregados corretamente ou não, tendo em vista as finalidades para as quais hajam sido criados.

O grave defeito da ordinarietade, que nosso tempo tornou evidente, está em que esta forma procedimental trata inadequadamente os casos de urgência, ao impossibilitar os *juízos de verossimilhança*, capazes de autorizar a concessão de liminares. Quer dizer, o *Procedimento Comum* desinteressasse do problema determinado pela *urgência em prover*, situação em que o julgador é posto ante a alternativa de tutelar a aparência do direito invocado pelo autor, correndo o risco de errar; ou, se a ordem jurídica lhe

recusar este tipo de julgamento sumário e provisório, oferecendo-lhe o caminho da ordinarietade como único remédio, correndo igualmente o risco de prover inutilmente, quando o direito já tiver sido destruído ou anulado em suas vantagens práticas.

12. A cultura da ordinarietade, o modo de pensar "ordinariamente" o processo, como nós o fazemos, pela força de uma tradição multissular, fez com que se criasse no Código de 73 uma confusão irremediável entre decisões de mérito e interlocutórias, a partir de uma equivocada confusão entre *julgar* e *decidir*; ou, ainda mais grave, entre *julgar* e produzir coisa julgada; ou, igualmente, entre decidir e compor definitivamente a lide, como se apenas houvesse decisão de mérito no caso de julgamento final e definitivo, capaz de encerrar a relação processual.

Tudo o mais - para a cultura da ordinarietade - seria, por definição, provimento *sobre o processo*, não decisão sobre a lide.

A suposição de que não haja julgamento a respeito da lide, ou decisão de mérito - ainda que provisória -, quando o juiz concede uma *liminar antecipatória* de algum efeito da sentença de procedência, torna possível às instâncias superiores apreciarem o *meritum causae* em ação de mandado de segurança, por exemplo, com total desvirtuamento do mandado de segurança e com uma indevida e altamente nociva invasão da competência do *juiz natural*.

13. Na verdade, a própria utilização do mandado de segurança contra atos judiciais de mérito, bem como o emprego, cada vez mais liberal, das medidas tidas por "cautelares-satisfativas", no procedimento comum - ordinário e sumaríssimo - está a demonstrar o grave anacronismo desta forma procedimental que, a cada dia, torna mais evidente sua inadequação para a disciplina de um número sempre crescente de novos litígios.

O que surpreende realmente é o paradoxo cometido pela doutrina que, ao mesmo tempo em que insiste na defesa intransigente do modelo legal instituído por nosso Código, considerando o *Processo de Conhecimento* como um monumento de modernida-

de, aceita e preconiza o emprego de medidas liminares, de natureza abertamente satisfativa e antecipatória da sentença de procedência, como se isto não negasse, por si só, a ordinarietade e, portanto, o *Processo de Conhecimento* que somente existe enquanto ordinário, como o proclama o art. 162 do Código de Processo Civil. Quer dizer, amplia-se a distância entre os "dois direitos" a que aludia *Pontes de Miranda*, o das universidades e o direito vivo praticado no foro. Para os compêndios, o mito da ordinarietade continua sendo louvado, enquanto aqueles que lhe enaltecem os méritos são os primeiros a renegá-lo no foro.

14. As modernas correntes do pensamento jurídico europeu, especialmente a jurisprudência de seus tribunais, dão sinais, no entanto, de que buscam novas soluções que atendam ao princípio da *instrumentalidade* do processo, procurando torná-lo cada vez mais adequado às realidades e contingências peculiares ao direito material, cuja realização prática lhe cabe efetivar.

Na verdade, como sempre tem ocorrido na história do direito, mais do que a doutrina, foram as exigências de *efetividade do processo* - nascidas das solicitações e exigências da prática forense - o grande motor para o renascimento que já se observa, agora também nas manifestações mais lúcidas de um grupo eminente de juristas, especialmente italianos, a propugnar pelo que se

convencionou chamar *tutela diferenciada* que, a nosso ver, outra coisa não é senão o retorno do Direito Processual ao convívio forense; o resgate de seus vínculos e compromissos com o Direito Material; numa palavra, o abandono das gloriosas abstrações sistemáticas, com suas indefectíveis pretensões de verdades eternas que acabaram por transformar o Processo Civil numa ciência rigorosamente formal e tiranicamente redutora do direito material a seus pobres esquemas conceituais.

Segundo temos reiteradamente afirmado, parece-nos indispensável e urgente repensar velhas idéias e retomar o fio da evolução do pensamento jurídico que a submissão do Direito às metodologias próprias das ciências experimentais interrompeu, a partir do sonho do iluminismo europeu dos séculos XVII e XVIII.

E parece inevitável, a partir desta perspectiva de análise, que nosso velho conhecido, que atende pelo nome de *Processo de Conhecimento* - que outra coisa não é senão a reprodução do procedimento privado da *actio romana*, do *ordo judiciorum privatorum*, e sua esteriotipada ordinarietade - seja posto sob o crivo da análise, até mesmo para evitar sua total e completa destruição, risco a que sem dúvida ele ficará exposto, se a prática forense continuar ampliando, sem qualquer critério ou orientação teórica adequada, todas as formas legítimas e ilegítimas de "jurisdição de urgência".

Os elementos da ação

José Maria Rosa Tesheiner

Professor de Teoria Geral do Processo na Faculdade de Direito da UFRGS, Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ex-Consultor Geral do Estado.

SUMÁRIO

1. Elementos identificadores da ação; 2. As partes, elementos subjetivos da ação; 3. O pedido; 3.1. Pedidos concorrentes/concurso de ações; 3.2. Ação de consignação em pagamento *versus* ação de cobrança. Ação anulatória do débito *versus* execução; 4. A causa de pedir; 4.1. Considerações sobre os fatos; 4.2. Teorias da individualização e da substanciação; 5. Elementos que não identificam as ações; 6. Ações declaratórias; 7. Ações condenatórias; 8. Ações constitutivas; 9. Ações mandamentais; 10. Ações executivas; 11. Identidade de ação/modificação da demanda; 12. Identificação de ações; 13. Conexão.

Resumo

Trata-se de um estudo sobre os elementos da ação, à luz da doutrina tradicional, adotada pelo Código de Processo Civil Brasileiro. O autor distingue os elementos identificadores da ação, isolando-os do interesse de agir e da invocação de norma jurídica abstrata, que, conquanto relevantes, não servem à sua identificação. Ligando-se à teoria da substanciação, o autor se detém no estudo dos fatos que constituem a causa de pedir, dividindo-os em simples, complexos, diversos de idêntica natureza e diversos de natureza diversa, para o efeito de determinar os que, preexistentes ou supervenientes, podem ser conhecidos, embora não alegados na inicial (CPC, arts. 462 e 131), bem como os limites da eficácia preclusiva da coisa julgada (CPC, art. 474). Ampla exemplificação é apresentada nos itens relativos às várias espécies de ações, segundo a categoria de sentença a que visam: declaratórias, condenatórias, constitutivas, mandamentais e executivas.

1. Elementos identificadores da ação

São elementos identificadores da ação: as partes, o pedido e a causa de pedir. A expressão utilizada deixa claro, desde logo, que há elementos da ação que não as identificam, como o "interesse de agir".

Com base nos elementos da ação se determinam:

a) os casos de cumulação de ações;

b) os fatos que podem ou não ser conhecidos em uma ação, sem que ela perca a sua *identidade*, transformando-se em outra. A alteração do pedido ou da causa de pedir é proibida (Código de Processo Civil, arts. 264 e 321), mas há fatos que o juiz pode conhecer, embora não alegados (art. 131), na inicial, entre eles o fato constitutivo superveniente (art. 462);

c) os casos em que há litispendência ou coisa julgada, a obstar uma segunda ação (art. 301, § 5) - *identificação de ações* -, bem como os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada, que atinge inclusive alegações não formuladas (art. 474). De maneira didática, o Código de Processo Civil estabelece:

- "Uma ação é idêntica à outra quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido" (art. 301, § 2º).

- "Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso" (art. 301, § 3º, primeira parte).

- "Há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por uma sentença de que não caiba recurso" (art. 301, § 3º, segunda parte);

d) as hipóteses de conexão e de continência (arts. 103 e 104).

2. As partes, elementos subjetivos da ação

São partes, em sentido formal, o autor e o réu, isto é, aquele que pede, em nome próprio, a prestação jurisdicional e aquele contra quem ou em face de quem o autor formula o seu pedido, ou a pluralidade de autores ou de réus, litisconsortes ativos ou passivos.

São partes em sentido material os sujeitos da relação interpessoal que a sentença irá regular diretamente.

Em geral há coincidência: as partes em sentido formal o são também em sentido material, como no caso em que o autor, afirmando-se credor do réu, pede a condenação deste, apontando-o como devedor. Há, porém, casos excepcionais, em que se admite que alguém esteja em juízo, como autor ou como réu, na defesa de direito alheio. Tem-se, então, a chamada *substituição processual*. Aquele que pleiteia, em nome próprio, direito alheio, é substituto processual, parte em sentido formal. Aquele cujo direito se encontra *sub judice* é o substituído, parte em sentido material. Assim, no caso de *habeas-corpus* impetrado em prol de outrem, o impetrante é parte em sentido formal e o paciente, parte em sentido material.

Outro caso: o réu, no curso do processo, aliena a coisa litigiosa. Em face do artigo 42 do Código de Processo Civil, ele mantém a sua posição de réu, no processo. Entretanto, desde a alienação, já não é o seu direito de propriedade que está em jogo, mas o do adquirente. Assim, desde a alienação, o réu, alienante, assume a condição de substituto processual; o adquirente, a de substituído. Este, embora não sendo parte em sentido formal, sofre diretamente os efeitos da sentença. Julgada procedente a ação, o autor poderá, na execução, tirar do adquirente a coisa litigiosa, sem que este possa se subtrair aos efeitos da sentença, alegando sua condição de terceiro. A própria imutabilidade, decorrente da coisa julgada, apanha não só as partes em sentido

formal, mas também as que o são em sentido material.

Há quem condene a expressão "parte em sentido material", com o argumento de que implica afirmação da existência de direito subjetivo, segundo o direito material. Entretanto, é claro que apenas por elipse é que se afirma que o substituto defende direito do substituído. Subentende-se que se trata de direito alegado, ou seja, de alegação de direito e não de direito certo. Todavia, exista ou não direito subjetivo no plano do direito material, certo é que a sentença irá regular relação interpessoal em que figuram, de um lado o substituído e, de outro, a parte adversa. Aliás, a sentença, norma concreta, assim como a lei, norma abstrata, não existe senão para regular relações interpessoais, ou seja, para regular o convívio entre pessoas.

O artigo 472 do Código de Processo Civil estabelece que "a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros". "Qualquer sentença pode, por efeito reflexo, beneficiar ou prejudicar terceiro. Assim, julgada procedente ação de reivindicação, o credor do réu vencido fica impedido de penhorar a coisa reivindicada, que antes garantia o seu crédito. Isso, porém, não significa que a sentença produza coisa julgada também para o credor da parte. Não era direito seu que se encontrava *sub judice*. Pode ele, pois, afirmando-se proprietário, reivindicar do vencedor a coisa, sem que este tenha em seu prol a exceção de coisa julgada".

"Terceiros", diz José Frederico Marques, "não são todos os que foram estranhos ao processo, porque dele não participaram, nem para tanto foram citados: o sucessor a título universal ou singular, por exemplo, não é terceiro em relação à decisão passada em julgado (Código de Processo Civil, art. 658)." (*Manual*. São Paulo, Saraiva, 1974, v. III, pág. 241).

Numa fórmula concisa, podemos dizer que a sentença faz coisa julgada às partes, ao substituído, bem como aos seus sucessores.

A diversidade da posição processual das partes não prejudica a identidade. Ainda que o autor de uma das ações seja réu na outra, e vice-versa, há identidade de partes.

3. O pedido

São elementos objetivos da ação o pedido e a causa de pedir.

Distinguem-se o pedido imediato, que corresponde à natureza do provimento solicitado, e o pedido mediato, correspondente ao teor ou conteúdo do provimento.

Quanto à natureza, tem-se que o provimento solicitado pode ser um ato declarativo ou de outra natureza, ou seja, um "fazer", como ocorre na justificação, em que se pede ao juiz que ouça testemunha e certifique suas declarações.

Quanto aos efeitos, o provimento, de natureza declarativa, se dirá declaratório, constitutivo, condenatório ou mandamental, conforme o efeito que predomine.

O provimento solicitado pode ser um ato de execução. Introduce-se, aqui, como terceira espécie, uma nova classificação, porque executar não se opõe nem a declarar nem a fazer, já que tanto pode haver execução por declaração (v.g., execução das obrigações de prestar declaração de vontade), quanto por atos de modificação do mundo físico (v.g., busca/apreensão/entrega de coisa móvel).

Pedido mediato é o bem material ou imaterial pretendido pelo autor.

Para que se reputem idênticos dois pedidos, é preciso que sejam os mesmos imediato e mediato. Pedido de sentença declaratória não é idêntico ao de condenação. Portanto, a existência de anterior ação declaratória não é óbice à propositura de ação condenatória. A recíproca, porém, não é verdadeira, porque o pedido de condenação contém o de declaração.

Há identidade de pedidos, no caso de ações contrárias, como no caso de *A* pedir a declaração da existência de relação jurídica e *B* lhe mover ação para a declaração da inexistência da mesma relação.

Julgada improcedente ação declaratória negativa, posterior ação de cobrança, pro-

posta pelo vencedor, já contará, em seu prol, com a coisa julgada decorrente da declaração da existência do crédito.

Julgada procedente a ação de cobrança, não se admite posterior ação de repetição de indébito, proposta pelo vencido, porque nesta se contém pedido de declaração incompatível com a coisa julgada decorrente da sentença anterior.

Pedido imediato, de natureza declaratória, exige sujeito e predicado. Assim, na ação declaratória da nulidade do contrato X, o teor do provimento solicitado é "o contrato X é nulo"; a expressão "é nulo", isoladamente, não tem sentido. Não seria correto, nesse caso, afirmar-se que "o contrato X" integra a causa de pedir, e a sanção de nulidade, o pedido.

Também entendo que, nas ações condenatórias e de execução, o título da dívida integra o pedido, e não a causa de pedir. Isso porque dizer-se que se quer a condenação do réu em 1.000 ou que se quer executá-lo pela quantia de 10.000, importa formular-se pedido incompleto e obscuro. Assim, nos casos indicados, o teor ou conteúdo do provimento se completa com a indicação de que se quer a condenação do réu no pagamento da quantia de 1.000, correspondente ao aluguel de setembro do prédio X ou que se quer executá-lo pela quantia de 10.000, correspondente ao principal e juros da nota promissória Y. Ainda mais clara fica a necessidade de se integrar no pedido o título da dívida, se pensamos na hipótese de condenação em quantia ilíquida. Efetivamente, dizer-se que se pretende a condenação do réu em quantia indeterminada em dinheiro significa pouco mais que nada. O conteúdo do provimento solicitado somente se torna claro se acrescentamos que se trata da quantia correspondente aos danos materiais decorrentes do acidente Z.

3.1. Pedidos concorrentes concurso de ações

Trata-se de pedidos que concorrem entre si, eventualmente um excluindo o outro.

Um dos casos é o de continência, em que o pedido maior absorve o menor. Outro, o de pedido de declaração contrária. Formulado o pedido de declaração de nulidade de negócio jurídico, há litispendência impeditiva da propositura, pela parte contrária, de ação declaratória da validade do contrato, entendendo-se, nessa hipótese, que há identidade de pedidos, embora com sinais contrários, positivo e negativo.

Há, finalmente, o fenômeno estudado por Chiovenda, sob o título de "concurso de ações" (*Instituições*. I/136):

1ª hipótese: mesma causa de pedir, mesmo pedido, partes diversas, como nas obrigações solidárias. A ação do credor contra um dos devedores solidários não é idêntica à ação do mesmo credor contra outro devedor solidário. Não há, pois, o óbice da litispendência, mas a satisfação do credor, em uma das ações, determina a extinção da outra, por desaparecimento do interesse de agir. Em embargos à execução ou à arrematação, poderá o executado alegar o pagamento entrementes feito pelo co-devedor solidário.

2ª hipótese: mesmas partes, mesmo pedido, causas diversas. O pedido de proteção possessória não exclui o petitório, mas, "na pendência do processo possessório é defeso, assim ao autor como ao réu, intentar ação de reconhecimento do domínio" (CPC, art. 923). O trânsito em julgado da sentença de procedência dos embargos do devedor, com a conseqüente extinção da execução, fundada em cambial, não impede a propositura de ação condenatória, do mesmo credor contra o mesmo devedor, para haver o mesmo crédito que justificara a emissão da cambial.

3ª hipótese: mesmas partes, mesma causa de pedir, pedidos diversos, porém tendentes ao mesmo resultado econômico,

Suponha-se que o locador proponha duas ações, relativas ao mesmo aluguel: uma condenatória e a outra, de execução. Ora, o pedido de execução, se cabível, torna inútil a condenatória, que deve ser extinta, por falta de interesse.

Nos casos de ação redibitória e *quantum minoris* e de ação para haver a própria coisa e outra, para haver o equivalente ou perdas e danos, há, aparentemente, diversidade de pedidos. Atende-se, porém, à identidade essencial. Por isso, Chiovenda ensina que "o autor pode promover uma ação e passar, no mesmo processo, a outra, sem mudança de demanda. Proposta em primeira instância a ação para a execução do contrato, pode pleitear em segunda a resolução. Pode também propor as duas ações em conjunto, uma subordinada à outra, ou alternativamente. Depende da natureza das diversas obrigações alternativas, em que a escolha compete ao autor, que a escolha de uma ação exclua ou não a outra." Do exposto se segue que, proposta a ação redibitória, a posterior propositura da *quantum minoris* se defronta com o óbice da litispendência.

O deferimento da penhora torna inútil o pedido de arresto dos mesmos bens, relativamente à mesma dívida.

A ação de consignação em pagamento não exclui a de cobrança, mas a procedência de uma importa na improcedência da outra.

O trânsito em julgado da sentença condenatória impede a propositura da ação de repetição do indébito, por obstáculo decorrente da coisa julgada material.

3.2. Ação de consignação em pagamento *versus* ação de cobrança. Ação anulatória de débito *versus* execução

A sentença que julga procedente ação de consignação em pagamento produz coisa julgada material, impeditiva de execução fundada no título que se declarou quitado. Isso, porém, não significa que sejam idênticas a ação de consignação em pagamento e a de cobrança ou de execução.

A ação de consignação em pagamento não induz litispendência em relação à de cobrança, tenha esta ou não caráter executivo, porque há diversidade de pedidos.

Julgada improcedente a ação de consignação em pagamento, o devedor pode levantar a importância depositada, ainda que a parte adversa se afirme credora de maior

quantia. O credor poderá, porém, impedir o levantamento, arrestando ou penhorando a quantia depositada.

Há, sim, identidade entre a ação de consignação em pagamento e os embargos que o devedor ofereça, na execução, com base naquela ação. Em ambas o devedor pede que se declare extinto o débito, em face do depósito em pagamento. Significa isso, não que o devedor fique impedido de oferecer embargos à execução, em face da litispendência, mas sim que tais embargos não precisam ser opostos: tendo notícia da existência da consignação em pagamento, o juiz deve suspender a execução, independentemente de embargos. Se transitou em julgado a sentença que acolheu a consignação, cabe ao juiz extinguir a execução, mesmo de ofício, por falta de título executivo.

Mutatis mutandis, a mesma é a solução no caso de ser proposta ação de execução, na pendência de ação anulatória do débito em que ela se funda. No caso particular de execução fiscal, a Lei é expressa: "A propositura de ação anulatória de débito fiscal não inibe a Fazenda Pública de promover-lhe a cobrança" (CPC, art. 585, § 1º). Se, em vez de execução, foi proposta ação ordinária de cobrança, não há que se aplicar a pena de revelia. Mesmo não sendo esta contestada, impõe-se o regular processamento das duas ações.

4. A causa de pedir

É, dos elementos da ação, o mais difícil de precisar. A ela se refere o Código de Processo Civil, ao exigir que o autor, na petição inicial, indique o fato e os fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III).

Para Chiovenda, causa de pedir é o fundamento, a razão de uma pretensão (*Inst.*I/358), isto é, do pedido do autor.

Antes de mais, excluamos, ensina Chiovenda, "que a *causa petendi* seja a norma de lei invocada pela parte em juízo. Individualize e identifique-se a ação por meio dos elementos de fato (...) e não pela norma abstrata de lei. Por conseqüência, a simples

mudança do ponto de vista jurídico (ou seja, a invocação duma norma diferente no caso de que um fato possa incidir em diferentes normas de lei) não importa diversidade de ações; é lícita, portanto, assim à parte como ao juiz." (*Inst.*, I/111 e ss.).

Daí se segue que, no caso de concurso de normas, que se verifica quando o mesmo fato pode incidir em normas diferentes e se trata de averiguar qual é aplicável, cabe ao juiz decidir e de ofício (*iura novit curia*). "Assim no caso, praticamente freqüente, em que um viajante exija do condutor o ressarcimento dos danos sofridos durante o transporte. Quer se trate de responsabilidade aquiliana ou contratual, é questão de norma invocável: na realidade, porém, uma é a ação. Invocado o art. 1.151, Cód. Civil (equivalente ao art. 159 do Código Civil Brasileiro), nem se vedaria à parte invocar, nem ao juiz aplicar as normas sobre a responsabilidade contratual." (*Inst.*, I/111 e ss.).

Tenho por certo que a norma abstrata invocada pela parte como fundamento de sua pretensão não integra a causa de pedir, não sendo, pois, elemento identificador da ação. Tenho também por certo que se o passageiro move ação de indenização contra o transportador, fundada em culpa, pode o juiz acolher o pedido, com fundamento no contrato de transporte, isto é, afirmando a responsabilidade objetiva do transportador, porque, nessa hipótese, simplesmente se despreza o fato "culpa", que terá sido invocado como um *plus* juridicamente irrelevante. Entretanto, não são idênticas as ações em que o autor pede indenização, a primeira com fundamento exclusivo no contrato de transporte e a segunda com fundamento na culpa. A imprudência, negligência ou imperícia são fatos que, por suposto, não foram alegados na primeira ação e haveria manifesto cerceamento de defesa se o réu fosse nela condenado por fato de que não foi chamado a se defender. Por outro lado, não seria razoável exigir-se, sob pena de preclusão, que o autor propusesse ação fundada também na culpa, cuja prova é quase sempre difícil, tendo ele o entendimento de

que a responsabilidade decorreria simplesmente do contrato de transporte.

Para Carnelutti, causa de pedir, isto é, aquilo que permite, a quem propõe uma ação afirmar que tem razão; não é nem o ato, nem a norma jurídica, mas a afirmação da coincidência do fato com o suporte fático de uma norma. Embora o fato e a norma componham a causa de pedir, não têm ambos igual eficácia vinculante para o juiz, porque se combinam, aí, o princípio dispositivo e a máxima "*curia novit iura*" (*Trattato*, pág. 172).

Tenho por certo, como já afirmei, que a norma abstrata invocada pela parte não integra a causa de pedir, motivo por que afastou essa lição.

Conforme Liebman, causa de pedir é o fato ou relação jurídica que o autor põe como fundamento de sua demanda (*Manuale*, I/172). Como a relação jurídica decorre da incidência de norma jurídica sobre fato, poderíamos ser tentados a excluí-la, como elemento autônomo da causa de pedir. A causa se reduziria, então, aos fatos. Há, porém, nesse passo, que se apontar para uma sutileza: se o pedido é de sentença que se pronuncie, com força de coisa julgada, sobre a existência ou inexistência de relação jurídica, é claro que a causa de pedir não pode senão assentar no fato gerador dessa mesma relação. Nesse caso, a relação jurídica integra o pedido, e não a causa de pedir. Todavia, se o pedido é de sentença outra (v.g., decretação de despejo), a necessidade de o juiz se pronunciar *incidenter tantum* sobre a existência ou inexistência de relação jurídica não impende que esta, como tal, integre a causa de pedir. Assim, na retomada para uso próprio, a propriedade do imóvel locado pode ser posta por lei como requisito para a decretação do despejo e, nesse caso, a relação jurídica de domínio integra a causa de pedir, não a integrando, porém, o fato gerador dessa mesma propriedade, embora possa eventualmente ser necessário que o juiz o examine, para afirmar ou negar, *incidenter tantum*, a propriedade do autor. Recorde-se, a propósito, o disposto no artigo 469, III, do Código de Processo

Civil: não faz coisa julgada a apreciação de questão prejudicial, decidida incidentemente no processo.

4.1. Considerações sobre os fatos

O fato, enquanto evento histórico, é imutável e compreende a totalidade de seus elementos, todos igualmente relevantes e imutáveis. Mudá-los implicaria alteração do passado.

Já a descrição do fato, ou versão, contém apenas alguns dos elementos do fato e se apresenta mutável. Pode-se acrescentar um elemento antes omitido ou omitir outro antes incluído e mesmo inventar circunstâncias falsas.

Supõe-se que entre o fato e a versão exista um mínimo de identidade, embora se saiba possível uma fantasia total: uma "versão" com nenhum elemento de conexão com o evento histórico.

São versões de um mesmo fato as que apresentam suficientes elementos comuns (elementos de conexão). Múltiplas versões de um mesmo fato se reconhecem por seus elementos de conexão, idênticos em todas. É possível que haja um único elemento de conexão, mas suficiente para que se possa referir duas ou mais versões ao mesmo evento histórico.

Versões que não apresentam suficientes elementos de conexão, entende-se que se referem a eventos diversos. Se, por exemplo, a versão X afirma que o veículo A colidiu com o veículo B e a versão Y afirma que A colidiu com C, havendo B colidido com D, em outra hora e local, os elementos comuns (veículos A e B abalroados) são insuficientes para referir as duas versões a um evento único.

Qualificar juridicamente um fato é destacar alguns elementos da versão, para a determinação de seus efeitos jurídicos.

Por fato jurídico entende-se um evento, dentro de coordenadas do tempo e do espaço. A incompatibilidade de normas (v.g. inconstitucionalidade de lei) não é um fato, porque, aí, o confronto se dá no plano lógico-normativo.

O fato jurídico produz efeitos jurídicos. Ao decompô-lo, nele podemos encontrar:

- . uma conduta, omissiva ou comissiva, lícita ou antijurídica, dolosa ou culposa;
- . uma relação de causalidade ou de finalidade entre uma conduta e um resultado;
- . uma relação de causalidade entre um evento e um resultado;
- . um fato transeunte;
- . um estado de fato.

Ao se qualificar juridicamente um fato, trabalha-se com um núcleo, geralmente expresso por um verbo, e com elementos outros (matar, matar feto humano, matar em legítima defesa, matar para roubar; adquirir coisa furtada, sabendo-a furtada; adquirir coisa furtada, devendo sabê-la furtada).

O verbo do núcleo pode ser mudado, como na substituição de "subtrair coisa alheia" por "apropriação de coisa alheia" (subtração de coisa de que se tem a posse ou detenção).

É sabido que, ao se qualificar juridicamente um fato, o acréscimo ou omissão de algum elemento pode determinar profundas mudanças de efeitos jurídicos.

O fato jurídico pode ser simples ou complexo.

No fato, ainda que simples, se compreendem as suas circunstâncias e seus efeitos.

O fato complexo é constituído de eventos diversos, que se somam, no que se refere à produção de efeitos jurídicos. Constitui uma unidade jurídica.

Evidentemente há eventos diversos que não constituem unidade jurídica, produzindo cada qual seus efeitos jurídicos próprios. Podemos distinguir quatro situações, agrupando os eventos diversos (a) da mesma natureza ou (b) de diversa natureza, a produzir (c) o mesmo efeito jurídico ou (d) efeitos jurídicos diversos, ainda que iguais.

A danificação dolosa do imóvel e a sublocação não consentida são exemplos de eventos de natureza diversa, a produzir o mesmo efeito jurídico: decretação do despejo do locatário.

A danificação das paredes do imóvel e a danificação de suas portas são exemplos de

eventos da mesma natureza, a produzir idêntico efeito jurídico: despejo.

Os mesmos fatos, referidos à indenização cabível, são exemplos de eventos diversos, da mesma natureza, que produzem cada qual o seu efeito jurídico próprio (o valor correspondente à indenização das paredes não se confunde com o da indenização das portas).

4.2. Teorias da individualização e da substanciação

Conforme a antiga teoria da individualização, a causa de pedir seria constituída sempre pela relação jurídica invocada pelo autor, como fundamento do pedido. Ainda que os fatos fossem os mesmos, outra seria a causa de pedir, se diversa a relação jurídica invocada.

Criticou-se esse posicionamento, primeiro, por exigir do autor um conhecimento preciso do direito objetivo, o que a Lei não exige; segundo, porque a indicação do autor não tem relevância, já que ao juiz incumbe a qualificação jurídica dos fatos; terceiro, por não se lograr identificar a ação, já que da mesma relação se podem deduzir múltiplas pretensões, v.g., prestação X, prestação Y, anulação, rescisão. (Cf. Lent, *Trattato*. p. 160; Rosenberg. *Tratado*. v. II, § 88, n. III).

A teoria hoje predominante é a da substanciação, que dá prevalência aos fatos alegados pelo autor.

Causa de pedir, ou título, é o conjunto dos fatos necessários para deduzir, com base em norma jurídica, que o autor é titular de um direito violado pelo réu. É o conjunto dos fatos com base nos quais se pode, se provados, afirmar a procedência da ação.

Se os fatos são os mesmos, não se altera a causa de pedir, ainda que outra seja a norma jurídica invocada. Assim, pleiteada a devolução de uma coisa com a afirmação de haver se configurado contrato de empréstimo, pode o juiz acolher o pedido, ainda que entenda de qualificar o contrato como de sociedade.

"Chama-se a atenção para o texto da lei. O Código exige que o autor exponha na inicial o fato e os fundamentos jurídicos do pedido. Por esse modo faz ver que na inicial se exponha não só a causa próxima - os fundamentos jurídicos, a natureza do direito controvertido - como também a causa remota - o fato gerador do direito. Quer dizer que o Código adotou a teoria da substanciação, como os códigos alemão e austríaco. Por esta teoria não basta a exposição da causa próxima, mas também se exige a da causa remota." (Moacyr Amaral Santos. *Primeiras Linhas*. 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 1977, v. I, pág. 142).

Como diz Liebman, "a *causa petendi*, ou causa da ação, é o seu fundamento jurídico". O que a constitui são os fatos jurídicos com que o autor fundamenta o seu pedido. Trata-se, portanto, habitualmente, "do fato constitutivo da relação de onde o autor deduz a sua pretensão, juntamente com o fato que dá lugar ao interesse de agir."

Nesse assunto, duas correntes se formaram para identificar a *causa petendi*: a da substanciação, que sustenta ser necessário a alegação do fato constitutivo do pedido, e a da individualização, para a qual é bastante a relação de direito afirmada pelo autor, para se individualizar a ação.

Em nossa legislação foi adotada a teoria da substanciação, pois o artigo 282, III, do novo Código de Processo Civil, ao tratar da *causa petendi* a ser exposta na petição escrita com que se propõe a ação, menciona expressamente o fato (causa remota) e os fundamentos jurídicos do pedido (causa próxima). (José Frederico Marques, *Manual*. São Paulo, Saraiva, 1974, v.I., pág. 155).

Embora predomine a teoria da substanciação, autores de muito prestígio entre nós, como Chiovenda e Liebman, filiam-se à teoria da individualização, pelo menos no que concerne às ações em que se invoca direito absoluto.

Diz Chiovenda: "Na ação real, basta a afirmação da relação jurídica (...). Por conseguinte, a causa na reivindicação não é um ou outro modo de aquisição, mas o fato atual da propriedade; a questão jurídica ver-

sa sempre sobre a existência do direito de propriedade, ainda quando a questão lógica se restrinja ao ponto, por exemplo, de se houve ou não compra e venda (...). O mesmo se pode dizer dos outros direitos absolutos." (Inst. I. págs. 11 e ss).

"Diz Liebman (...) que, nas ações reais, 'a causa se encontra no direito real sem se levar em conta o título específico de aquisição do referido direito: o título de aquisição pode mudar sem que se altere a *causa petendi*, pois o direito de propriedade é sempre o mesmo, qualquer que seja o fato de que derive'." (José Frederico Marques. *Manual*. São Paulo, Saraiva, 1974. v.I, p. 155).

Observa José Ignácio Botelho de Mesquita que as teorias da substanciação e da individualização têm vários pontos de contato. "Em um ponto, porém, elas se tornam irredutíveis. Esse ponto onde ambas se afastam é precisamente a afirmação do que se deva entender por *causa petendi* nas ações propostas com fundamento em um direito de caráter absoluto, assim denominados pela teoria da individualização os direitos reais e os direitos de família, e os decorrentes do estado da pessoa."

Sua conclusão, nessa parte coincidente com a da teoria da substanciação, é que, mesmo nas ações fundadas na alegação de um direito real, não basta a indicação da relação jurídica (propriedade, servidão, usufruto), para a determinação da *causa petendi*, sendo necessária a indicação do fato constitutivo. E com acerto pondera ser essa a razão pela qual ação reivindicatória de imóvel, em cuja inicial o autor se afirme proprietário em decorrência de contrato de compra e venda, pode e deve ser julgada improcedente, sem prejuízo de vir depois a ser julgada procedente ação fundada no fato constitutivo do registro. (José Ignácio Botelho de Mesquita. *A causa petendi nas ações reivindicatórias*. Ajuris. Porto Alegre, (20): 166-80, nov. 1980).

Tenho como mais adequada a teoria da substanciação, mesmo com referência aos direitos reais. Julgada improcedente ação declaratória da propriedade fundada em título de domínio, não se há de obstar uma

segunda ação, fundada em usucapião, ainda que consumado anteriormente à propositura daquela. Com Moacyr Amaral Santos, afirmo que "mesmo no tocante às ações reais, a causa de pedir compreende não só a causa próxima, o domínio do autor (...), como também a causa remota, o modo de aquisição do domínio, qual o seu título de aquisição." (*Primeiras Linhas*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 1977. v.I, p. 142).

A afirmativa de que a causa de pedir consiste nos fatos jurídicos invocados pelo autor como fundamento de seu pedido não é inteiramente precisa.

Efetivamente, o artigo 474 do Código de Processo Civil dispõe: "Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido." Há, pois, fatos que, embora não alegados, devem ser tidos como virtualmente compreendidos na causa de pedir. O dispositivo citado impede que o autor, vencido em uma ação, proponha outra, com idêntico pedido, alegando fato diverso, mas virtualmente compreendido na mesma causa de pedir. Entendo que tais são os eventos diversos, da mesma natureza, conducentes ao mesmo efeito jurídico. Assim, se o autor pede o despejo, alegando danos nas paredes do imóvel, não pode propor outra, alegando danos nas portas, salvo se ocorridos após o encerramento da instrução. Não se lhe veda, porém, a propositura, concomitante ou posterior, de ação de despejo fundada em locação não consentida, porque se trata de fato de natureza diversa. Claro, outrossim, que o pedido de indenização dos danos nas paredes não impede posterior pedido de indenização dos danos nas portas (fatos de idêntica natureza, mas produzindo cada qual seus efeitos jurídicos próprios, ainda que iguais). Incide, na hipótese, o artigo 294 do Código de Processo Civil: "Quando o autor houver omitido, na petição inicial, pedido que lhe era lícito fazer, só por ação distinta poderá formulá-lo."

5. Elementos que não identificam as ações

Em primeiro lugar, não serve à identificação da ação a norma abstrata invocada pelo autor. Por isso, nada impede que o juiz aplique norma diversa. *Da mihi factum tibi dabo jus*.

Também não a identificam as condições da ação, suposto que se não as confundam com o mérito. Julgado o autor carecedor da ação, pode ele renová-la, quer se mantenha idêntica a situação, quer se haja suprido entrementes a condição que antes faltava. Em qualquer dos casos, é a mesma ação que se renova (CPC, art. 268), o que mostra que a modificação de elemento que integre condição da ação não serve para distinguir uma de outra.

O fato de se haver, em um primeiro processo, afirmado a impossibilidade jurídica do pedido, não impede que se afirme a possibilidade, em outro, subsequente. Há, nesse caso, renovação da mesma ação, expressamente autorizada por lei (CPC, art. 268, combinado c/art. 267, VI).

Quanto ao interesse de agir, há uma distinção a se fazer: Se antes se afirmou a desnecessidade da tutela jurisdicional e, em novo processo, afirma-se a necessidade ou utilidade da tutela pretendida, não há dúvida de que a ação permanece a mesma, o que mostra que a variação de tal elemento não serve para distinguir uma ação de outra. Se, porém, o que se afirmou foi a inadequação do provimento solicitado (v.g., pedido de cautela para a composição definitiva da lide), outra será a ação em que se peça o provimento adequado, porque, aí, há alteração do pedido (pedir arresto não é o mesmo que pedir execução).

No que tange à legitimação para a causa, há renovação da mesma ação, e não propositura de outra ação, se antes se negou e agora se afirma a legitimação da parte. Todavia, a legitimidade em sentido chiovendiano (titularidade do direito ou da obrigação) envolve o mérito e constitui elemento identificador da ação. Se o juiz rejeita pedido de indenização, porque o autor não

comprovou a propriedade do veículo danificado em acidente de trânsito, pode o autor propor outra, afirmando-se comodatário que pagou os danos ao comodante. A causa de pedir é diversa.

Por fim, é a mesma ação que se renova, depois de implementada a condição, no caso de voltar o autor a juízo, com a prova do exercício da pretensão (*v.g.*, notificação premonitória, para o exercício da ação de despejo), ou de depósito preparatório ou exibindo título executivo cuja existência antes alegara sem exibi-lo.

6. Ações declaratórias

Inicialmente, algumas precisões terminológicas. Seja a sentença: "Declaro que o contrato X é nulo, porque celebrado por menor de 16 anos". Podemos distinguir, aí, a natureza do provimento (declarar), o teor ou conteúdo do provimento (o contrato X é nulo) e a causa de pedir (porque celebrado por menor de 16 anos). Podemos, ainda, desdobrar o conteúdo do provimento, nele distinguindo seu objeto (o contrato X) e o atributo (é nulo).

Podemos imaginar que a nulidade desse mesmo contrato seja declarada porque celebrado por instrumento particular ou por dispor sobre a herança de pessoa viva. Em todos os casos, a causa de pedir é fato que se enquadra no suporte fático de norma jurídica que estabelece a sanção de nulidade. Há, na hipótese, três ações distintas, correspondentes a três causas de pedir diferentes. A propositura ou o julgamento de uma não obsta o ajuizamento de outra. Não há litispendência nem coisa julgada.

Nesse primeiro exemplo, deparamo-nos com a hipótese normal, em que o juiz declara a incidência de norma jurídica sobre fato. Examinamos a seguir as hipóteses excepcionais, em que o pronunciamento do juiz recai apenas sobre norma ou unicamente sobre fato.

Na ação direta de inconstitucionalidade, não há causa de pedir, porque não há alegação de fato de que se extraia como consequência o pedido. Diria alguém que se pede

a declaração de inconstitucionalidade por infração a tal ou qual dispositivo da Constituição. Isso, porém, não passaria de redundância: lei inconstitucional por contrariar dispositivo da Constituição. É de se perguntar, porém, se é concebível a existência de ação, sem a existência de um de seus elementos essenciais. Como a resposta evidente é que não, restam apenas as alternativas (a) de negar à ação direta de inconstitucionalidade a natureza de ação, possivelmente com a observação de que se trata de atividade de natureza legislativa mais que jurisdicional, ou (b) de afirmar o caráter meramente accidental da causa de pedir. Sem renegar a primeira solução, acolho a segunda. A causa de pedir, nas ações declaratórias, é o fato de que decorre a existência do direito subjetivo cuja declaração se pede. Se não há direito subjetivo a ser afirmado ou negado, causa de pedir não há. Resta, sim, para explicar o pedido, o interesse de agir que, como vimos, não é elemento identificador da ação. Tais afirmações devem ter certo cunho de evidência para quem, como Araken de Assis, tem como indiscutível que nosso Código de Processo Civil (a) adotou a teoria da substanciação; (b) a ação de que se cogita, ao se falar em "elementos da ação" ou em "cumulação de ações" é, na terminologia de Pontes de Miranda, a ação de direito material. (Cf. Araken de Assis. *Cumulação de ações*. São Paulo, Revista dos Tribunais. 1989). A causa de pedir, nas ações declaratórias negativas, é o fato jurídico cuja existência se nega. Por isso é que se pode afirmar a identidade das ações, declaratória negativa, proposta pelo indigitado devedor, e declaratória positiva, proposta pelo sedizente credor.

A ação declaratória de autenticidade ou de falsidade de documento tem a particularidade de provocar juízo que recai unicamente sobre fato. Não há pedido de declaração de direito subjetivo, do que decorre a inexistência de causa de pedir, embora se exija a existência do interesse de agir que, porém, não é elemento identificador da ação. Considere-se a sentença que, acolhendo o pedido do autor, "declara que o docu-

mento X é autêntico". É fácil observar que a ação, assim julgada procedente, prescinde de qualquer outro elemento para sua identificação.

No que tange à ação declaratória da paternidade, pergunta-se: "Se alguém propõe a investigatória alegando concubinato (art. 363, I, do CCB) entre a mãe do investigante e o investigado, poderia o juiz, não obstante a falta de prova do concubinato, julgar procedente a ação porquanto, na instrução, se provou a existência de relações sexuais entre aquelas pessoas na época própria da concepção? E indicando o autor, desde logo, na inicial, o concubinato essas relações sexuais (art. 363, II, do CCB), ter-se-ia cumulação de ações ou uma ação com dois fundamentos? Inclina-se Ovídio A. Baptista da Silva pela última solução e aduz: 'a circunstância de estarem os fundamentos de uma mesma demanda distribuídos por dois ou mais dispositivos legais, não implicará que existam necessariamente tantas ações quantos sejam os preceitos legais em causa.' Existe interessante acórdão sustentando que, rejeitada a alegação de concubinato (art. 363, I, do CCB), é possível, sem ofensa à causa de pedir, acolher a ação sob o fundamento de relações sexuais (art. 363, II, do CCB). Evidentemente, no concubinato se presumem as relações sexuais entre os concubinos." (Araken de Assis. *Cumulação de ações*. pág. 121). De minha parte, não teria dúvida em subscrever o acórdão. É que, hoje, há de se entender que a ação declaratória da relação jurídica de paternidade natural tem como causa de pedir única o fato jurídico da paternidade, na concepção do filho. O concubinato (Código Civil, art. 363, I), o rapto (art. 363, II) não passam de indícios que servem à prova da paternidade. Apenas se poderia destacar como causa autônoma o "escrito daquele a quem se atribui a paternidade, reconhecendo-a expressamente", atribuindo-se-lhe a natureza de negócio jurídico e não de simples declaração de ciência. A indicação expressa de indícios únicos, a partir dos quais se poderia presumir a paternidade, é resquício do passado: tratava-se, por um lado, de resguardar o patri-

mônio da família legítima e atendia-se, por outro, à deficiência dos meios probatórios, somente superada com as modernas descobertas da genética.

Funda-se indiscutivelmente em negócio jurídico a ação declaratória da paternidade por adoção.

A sentença pode declarar que o prédio X é de propriedade do autor *ex vi* do registro da escritura Y/*ex vi* do registro do contrato Z/por herança de B/por herança de C/por usucapião. Cada um desses fatos constitui causa de pedir distinta. Nas ações reais, a causa de pedir não é a relação jurídica invocada, mas o fato gerador do direito real. É a teoria da substanciação, que se adota. Também há diversidade de causa de pedir, na declaração de existência de relação de locação, *ex vi* do contrato X ou *ex vi* do contrato Y.

Se peço a declaração de nulidade da cláusula de juros compostos, constante do contrato X (porque vedada por lei), ou a declaração de que o débito Y não comporta correção monetária (porque não autorizada por lei), basta o pedido para identificar a ação, porque, como vimos, a norma abstrata invocada pelo autor não é elemento identificador da ação. Confirma-se, assim, o caráter meramente accidental da causa de pedir.

7. Ações condenatórias

A sentença condenatória supõe prestação devida pelo réu e cominação de execução. Dessa cominação é que decorre a natureza de título executivo que tem a sentença condenatória. Assim, no pedido de sentença condenatória, podem-se distinguir, além da causa de pedir: (a) a natureza do provimento solicitado (condenação); (b) o conteúdo ou teor do provimento, que compreende a prestação devida pelo réu (ato devido) e o objeto da prestação (geralmente dinheiro); (c) a cominação, quase sempre oculta (sob pena de execução); (d) a causa de pedir.

Examinamos, a seguir, alguns casos de sentenças condenatórias.

a) Condenação do réu/a pagar ao autor quantia igual ao valor dos danos sofridos pelo veículo X (sob pena de execução)/ porque culposamente os causou - porque proprietário do veículo que os causou - porque segurador. Cada um desses porquês constitui causa de pedir distinta.

b) Condenação do réu/a indenizar os danos estéticos sofridos pelo autor/(sob pena de execução)/porque transportador - porque culposamente os causou.

Já demonstramos acima que, proposta ação fundada na culpa, pode o juiz condenar o réu com fundamento na responsabilidade objetiva do transportador, mas que a recíproca não é verdadeira. Por um lado, não seria razoável condenar-se o réu com fundamento em fato (imprudência, negligência ou imperícia) de que não foi chamado a se defender: o cerceamento de defesa seria manifesto; de outro, não seria razoável impedir-se o autor, que não conseguiu demonstrar a existência do contrato de transporte, de propor depois uma segunda ação, agora com fundamento em outro fato, ou seja, a culpa da parte adversa.

c) Condenação do réu/a pagar ao autor a quantia de 1.000, correspondente ao aluguel de setembro do prédio X/(sob pena de execução)/porque locatário - porque fiador.

Não há mudança da causa de pedir, se o autor, na inicial, afirma a existência de contrato escrito e se vem a comprovar contrato apenas verbal. Pode ocorrer que haja duas relações contratuais distintas, *v.g.*, dois contratos de fiança. Então, cada um deles constituirá uma causa de pedir distinta.

d) A execução fundada em cambial e a ação condenatória, fundada no contrato subjacente, não são idênticas. Não só o pedido imediato é diverso (execução, condenação), como também a causa de pedir, porque a cambial obriga por si só, independentemente da existência do negócio causal.

e) Conforme Schwab, duas são as causas de pedir, no caso de alguém demandar o pagamento do preço de mercadorias, com base em contrato de compra e venda e em instrumento de reconhecimento dessa mesma dívida. (*El objeto litigioso en el proceso*

civil. Buenos Aires, Europa-América, 1968, p.103). Sustenta, contudo, que se trata de uma só ação, porque, segundo sustenta, as ações se identificam tão-só pela pretensão processual, ou seja, pelo pedido formulado pelo autor. Essa tese é insustentável perante o Direito brasileiro. Pode-se, porém, concordar com a conclusão, visualizando-se o instrumento de confissão de dívida como simples meio de prova do alegado contrato de compra e venda.

f) Não há alteração da causa de pedir, mas apenas mudança do ponto de vista jurídico, no caso de o autor pedir a condenação do réu a pagar o preço do vinho que lhe vendeu e, em face da alegação de nulidade do contrato, pleitear a condenação com base em enriquecimento ilícito. Os fatos alegados permanecem os mesmos. O que muda é sua qualificação jurídica.

8. Ações constitutivas

No pedido de sentença constitutiva podem-se distinguir, além da causa de pedir: a natureza (constitutiva) e o teor do provimento solicitado, compreendendo este o objeto do provimento (*v.g.*, o contrato X) e o transformado, isto é, o estado jurídico novo, decorrente da sentença.

Examinamos a seguir alguns casos de sentenças constitutivas:

a) O contrato X (objeto do provimento) é anulado (transformado), porque celebrado por menor sem autorização do pai - porque houve coação do contratante A - porque houve dolo do mesmo contratante - porque houve erro do contratante B - porque houve fraude contra credores.

Em princípio, cada um desses fatos indicados constitui causa de pedir autônoma. Podemos, entretanto, abrir exceção para o dolo e o erro. "O dolo como vício de vontade é a falsa representação à qual uma pessoa é induzida por malícia, ardis ou fraude de outrem. A diferença básica entre o erro e o dolo consiste em ser espontâneo o primeiro e provocado o segundo. O erro deriva de uma falta de atenção ou de perícia do agente. No dolo é a atividade de outrem

que ardilosamente induz o agente a uma falsa representação" (Arnold Wald. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Introdução e Parte Geral*. 5ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987. pág. 173). Ora, o dolo é irrelevante se não produziu o erro e, por outro lado, se houve erro essencial, podemos prescindir do dolo. Assim, o que se apresenta como fundamental é o erro. A dúvida sobre a caracterização de uma hipótese como de dolo ou de erro diz respeito apenas à qualificação jurídica dos fatos e, como tal, não altera a causa de pedir.

b) A sociedade conjugal (objeto do provimento) é desconstituída (transformado) por injúria grave consistente no ato Y (Lei 6.515, de 26.12.77, art. 5º). "A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e tornem insuportável a vida em comum."

Cada ato suscetível de qualificar-se como injúria grave constitui causa autônoma para a desconstituição. Em se tratando, porém, de atos da mesma natureza (*v.g.*, dois adulterios, ainda que com diferentes parceiros), há que se entender que o autor, vencido, não poderá, em ação subsequente, alegar fato contemporâneo, que haja omitido na primeira, por força do artigo 474 do Código de Processo Civil.

Discordamos, pois, de Araken de Assis, que afirma a eficácia preclusiva da sentença, ainda que os fatos tenham natureza diversa, como o adultério e a embriaguez.

Embora discordando, transcrevemos sua lição:

"O direito à separação se encontra formulado genericamente (...) com a locução 'grave violação dos deveres do casamento' que torne insuportável a vida em comum. Vários conjuntos de fatos se amoldam ao tipo genérico: o adultério e a embriaguez escandalosa, pela gravidade que assumem na convivência social, tradicionalmente exemplificam a quebra dos deveres impostos ao cônjuge pelo casamento. Um e outro possuem sucessos históricos próprios, inconfundíveis para o efeito de incidência na

norma, e não necessariamente coincidentes, embora se mostre possível imaginar o adultério indecoroso do bêbado. Toda vez, porém, que o conjunto circunstancial delinear e marcar adultério e embriaguez, em distintas ações imputáveis ao réu, à medida que o direito subjetivo à separação se afigure único ('grave violação dos deveres do casamento'), esgrime o eventual autor da demanda com duas ações materiais, destacáveis perfeitamente uma da outra, e não uma ação com dois fundamentos. Basta lembrar que o adultério ou a embriaguez, apartados, funcionariam, *tout court*, como causa de pedir da separação. Em cada uma delas, acodem uma série de sucessos históricos, detalhes e eventos, *p. ex.*, dia, hora e local do ato violador, e a demonstração da insuportabilidade da vida conjugal trazida pelo fato, que colorirá a causa de pedir. Estas circunstâncias não admitem variação, adição ou alteração sem importar a verdadeira modificação da *causa petendi*, vedada no art. 264 do CPC.

Ainda uma vez, sem embargo da enfadonha repetição, se insiste que a eficácia preclusiva da coisa julgada, face ao disposto no art. 474 do CPC, abrangerá inelutavelmente todos os fatos jurídicos deduzíveis na ação de separação (adultério, embriaguez e qualquer outro apto a incidir na regra), tenham, ou não, sido deduzidos na demanda." (Araken de Assis. *Cumulação de ações*. pág. 124-5).

c) A sentença X (objeto do provimento) é rescindida (transformado), porque proferida por juiz absolutamente incompetente - porque proferida por juiz impedido - porque proferida com violação de literal disposição de lei - por erro de fato. Cada um desses fundamentos constitui causa de pedir autônoma. Trata-se de fatos de natureza diversa, motivo por que, em tese, a rejeição da ação, por um fundamento, não impede outra ação, com diversa causa de pedir. Aí, o curto prazo de decadência, que é de dois anos, é que torna dificilmente verificável a hipótese. A eficácia preclusiva do artigo 474 do Código de Processo Civil é invocável somente em se tratando de fatos de idêntica natureza, como no caso de se invocar violação de um e depois de outro dispositivo legal.

Costuma-se dizer que a sentença constitutiva contém declaração do direito formativo do autor. Segundo Ovídio Baptista da Silva é esse elemento declaratório que transita materialmente em julgado. Tal direito, porém, integra a causa de pedir, e não o pedido, sendo, pois, mais correto afirmar-se, com José Carlos Barbosa Moreira, que aquilo que transita em julgado é o conteúdo da sentença, isto é, a transformação por ela operada. Certo, o novo estado, criado pela sentença, é modificável por fato superveniente, mas não se pode pôr em dúvida, por efeito da coisa julgada material, o fato da transformação operada pela sentença.

9. Ações mandamentais

Na sentença mandamental se distinguem: a) a natureza do provimento solicitado (ordem ou autorização); b) o destinatário, isto é, a pessoa que deve cumprir a ordem ou tolerar o ato autorizado; c) o conteúdo do ato, que compreende o ato ordenado, proibido ou autorizado e seu objeto (a pessoa ou coisa que sofre os efeitos do ato); d) a causa de pedir. Ao destinatário se impõe dever de fazer ou tolerar. A pessoa que apenas sofre os efeitos, como aquele que é preso em cumprimento à ordem de prisão, é objeto do ato.

As ações mandamentais não apresentam particularidades de monta, no que pertine aos elementos da ação.

São exemplos de sentenças mandamentais:

- a) a que determina seja o réu (que, aí, é objeto) posto em liberdade, por nulidade do decreto de prisão (causa de pedir);
- b) a que determina seja aceita a matrícula de aluno em estabelecimento de ensino;
- c) a que determina o arresto ou o seqüestro de bens do réu;
- d) a que autoriza o levantamento de depósito judicial ou a efetivação de obras em coisa litigiosa.

10. Ações executivas

Desde Pontes de Miranda se põe a distinção entre as ações executivas *stricto sensu* (compreendendo as ações de execução,

apontadas como tais no Código de Processo Civil, fundadas em título executivo judicial ou extrajudicial) e as ações executivas *lato sensu*, correspondentes às ações de conhecimento em que a eficácia condenatória da sentença é tal que permite a execução na mesma relação processual. Trata-se, em última análise, de ações mistas, de conhecimento e de execução. Sem essa categoria, torna-se inexplicável, por exemplo, a liminar em ação de reintegração de posse, que não constitui medida cautelar (pois não supõe *periculum in mora*), mas adiantamento da execução. Como adiantar-se execução num processo só de conhecimento?

São ações executivas *lato sensu* as possessórias, a de despejo e, de um modo geral, as que visam a repor no patrimônio do autor algo seu, como a ação reivindicatória.

Diz Ovídio Baptista da Silva: "De um modo geral, então, pode-se dizer que a execução das obrigações de restituir coisa certa, no Direito brasileiro, promove-se por meio de uma demanda especial, existente no processo de conhecimento, a qual contém, dentre suas eficácias próprias, a eficácia executiva, capaz de ensejar a execução na mesma relação processual.

A estrutura de nosso processo de execução forçada está predisposta para servir de instrumento à realização dos direitos de crédito e não deve, sob pena de graves desvantagens, ser estendida a outras situações que não guardam semelhança com o direito obrigacional." (Notas sobre a execução das obrigações de entregar coisa certa. *Ajuris*, Porto Alegre, (17): 5-27, nov. 1979. Ver também, do mesmo autor, Reivindicação e sentença condenatória, *Ajuris*, Porto Alegre, (41): 142-86, nov. 1987).

No pedido de execução podem-se distinguir: a) a natureza do provimento solicitado (ato executivo); b) o conteúdo do provimento, que compreende o ato solicitado (imissão ou reintegração na posse, busca/apreensão/entrega, penhora e alienação de bens do réu) e o objeto deste (o imóvel X, a coisa móvel Y), os bens concretamente arrestados ou penhorados; d) a causa de pedir, isto é, o título executivo (que geralmente é, sem

que isso seja essencialmente necessário, um escrito).

Examinamos, a seguir, alguns casos de ações executivas.

a) Condenação do réu a entregar ao autor o imóvel X/sob pena de despejo/porque não pagou o aluguel do mês de setembro - porque o autor dele necessita para uso próprio - porque o autor dele necessita para uso de descendente - porque o autor denunciou a locação (denúncia vazia) - porque ocorreu sublocação não-consentida.

No caso de denúncia da locação, não se exigindo prévia notificação, é a citação que dá ciência ao locatário da vontade do locador e o constitui em mora. Tem-se, então, a particularidade de surgir a ação de direito material depois de proposta a ação processual.

A denúncia, ainda que vazia, opera a resolução do contrato, mas não extingue a locação, que persiste até a desocupação do imóvel. Por isso, os alugueres são devidos até a entrega das chaves.

Pode ocorrer que a Lei defira a retomada para uso próprio, ou de ascendente ou descendente, apenas ao proprietário. Ainda assim, a ação de despejo não será declaratória da propriedade, motivo por que, na inicial, poderá o locador limitar-se a alegá-la, sem indicar o fato que a gerou, embora possa eventualmente ter de comprová-lo, se o réu contestar o domínio, caso em que o juiz se pronunciará a respeito, *incidenter tantum*.

Na verdade, a ação de despejo não é sequer declaratória da locação, motivo por que, decretado o despejo, pode o réu, em posterior ação de cobrança de aluguéis, discutir a própria existência da locação, declarada *incidenter tantum*.

b) Condenação do réu/a entregar ao autor o imóvel X/(sob pena de execução)/porque esbulhador - porque proprietário o demandante e ilegítima a posse do demandado.

No caso de denúncia de comodato por prazo indeterminado, cabe ação de reintegração de posse, porque ela opera a extinção do contrato, constituindo esbulho a recusa do réu a devolver a coisa emprestada.

A ação de reivindicação não é apenas condenatória. É também declaratória da propriedade. Por isso, a causa de pedir não é a propriedade, mas o fato que a gerou. Já vimos que, nas ações reais, a causa de pedir não é a relação jurídica invocada, mas o fato gerador do direito real, pois é a teoria da substanciação a adotada por nosso Código de Processo Civil. "Os fatos jurídicos relevantes à configuração do domínio, vale dizer, a causa da sua aquisição, se revelam imprescindíveis. Assim, o autor que reivindica com fundamento em testamento e compra e venda cumula duas ações." (Ara-ken de Assis, *Ibid.* p. 126).

11. Identidade da ação modificação da demanda

O autor deve indicar, na petição inicial, os elementos subjetivos e objetivos da ação, além do fato de que decorre seu interesse de agir.

O Código exige a indicação do fato e dos fundamentos jurídicos do pedido (art. 282, III). Como é ao juiz que incumbe a qualificação jurídica dos fatos (*iura novit curia*), a indicação destes, mais do que a dos fundamentos jurídicos do pedido, é que assume relevância.

Não raro, da simples enunciação dos fatos já se pode deduzir qual seja a pretensão processual do autor. Aliás, em ações de acidente do trabalho, tem-se relegado a um segundo plano o pedido formulado pelo autor. Qualificado o fato como acidente do trabalho, concede-se ao requerente o benefício cabível (aposentadoria e pecúlio, auxílio-acidente ou auxílio suplementar), conforme caiba, segundo as seqüelas apontadas pela perícia produzida no curso do processo.

É todavia sempre indispensável que o autor indique, na inicial, os fatos de que decorre o direito subjetivo que invoca. Deve, em outras palavras, indicar os fatos constitutivos de seu direito.

Na verdade, o fato gerador de um direito se constitui não só de seus elementos constitutivos, como também da ausência de ele-

mentos impeditivos. O fundamento da ação, porém, é restrito aos fatos constitutivos. A alegação de fatos impeditivos constitui matéria de defesa.

O artigo 131 do Código de Processo Civil determina que o juiz atenda aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes. Como o fato gerador de um direito abrange não só os elementos constitutivos mas também a ausência de elementos impeditivos, segue-se que, havendo prova de fato impeditivo, deve o juiz julgar improcedente a ação, ainda que revel o réu, salvo em se tratando de questão que, por lei, exige a iniciativa da parte (CPC, art. 128), como as alegações de vício da vontade, por erro, dolo, coação ou fraude.

Não há dúvida de que, permanecendo idênticos os fatos, pode o juiz aplicar norma diversa da invocada pela parte, porque na alegação dos fatos é que reside a causa de pedir (teoria da substanciação). Todavia, uma certa variação é permitida, como decorre dos artigos 131 e 462 do Código de Processo Civil, que dispõem, respectivamente:

"O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias dos autos, ainda que não alegados pelas partes".

"Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença."

Trata-se, agora, de estabelecer os limites dessa variação, para o que se levará em consideração as distinções antes apontadas entre fatos simples, fatos complexos e fatos diversos, de igual ou diversa natureza.

a) Alegado o fato fundamental, pode o juiz, de ofício, conhecer de suas circunstâncias e efeitos. Mesmo no processo penal, entende-se que o objeto da investigação permanece o mesmo, quer se afirme tratar-se de homicídio simples ou qualificado e mesmo que se chegue à conclusão de que se configurou o delito de latrocínio. Aliás, das circunstâncias e efeitos do fato, o juiz, de regra, somente pode conhecer na ação proposta. Não se admitiria uma ação que en-

volvesse o homicídio de outra envolvendo somente a surpresa, o meio cruel ou a finalidade "para roubar".

Em se tratando de fato complexo, isto é, de fatos diversos mas que só em conjunto produzem o efeito jurídico, é de se admitir que, alegado o fato X, conheça o juiz do fato Y, que perfaz a unidade geradora do direito. Assim, se o autor propõe ação reivindicatória, com base no negócio jurídico Z, pode o juiz conhecer do fato do registro, alegado ou não, já preexistente à data da propositura da ação ou superveniente.

No caso de eventos diversos, da mesma natureza e conducentes ao mesmo efeito jurídico, é de se admitir que, alegado um fato, conheça o juiz de outro. (Exemplos: em ação de separação, o autor não consegue comprovar o alegado adultério da ré com o parceiro B, mas restam cumpridamente provadas suas relações sexuais com C; em ação de despejo, comprova-se que houve sublocação não consentida para D, e não para E, conforme alegado na inicial). Por isso mesmo, o fato diverso, de idêntica natureza, é coberto pela eficácia preclusiva do artigo 474 do Código de Processo Civil: "Passada em julgado a sentença de mérito, reputar-se-ão deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido." Para os efeitos de nunciação de obra nova, a posse ou propriedade do autor são fatos da mesma natureza. Se o autor, afirmando-se apenas possuidor, é vencido, não pode, depois, propor outra ação, afirmando sua condição de proprietário.

(No caso de eventos diversos, de igual natureza, mas com resultados jurídicos diversos, ainda que iguais, o pedido, e não a causa de pedir, é que entra em jogo. Assim, se o locador intenta ação de indenização por danos nas portas, sem dúvida não pode o juiz condenar o réu por danos nas paredes, mas o autor não fica impedido de intentar outra ação, para cobrar os danos não alegados na primeira, como deixa claro o artigo 294 do Código de Processo Civil).

No caso de eventos diversos de natureza diversa, é fora de dúvida que, alegado um,

não pode o juiz conhecer de outro. Assim, proposta ação de despejo por sublocação não consentida, não pode o juiz, evidentemente, decretá-lo porque o réu danificou dolosamente o imóvel. Por isso mesmo, esse segundo fato, de que o juiz não pode conhecer numa primeira ação, pode servir de fundamento para uma segunda, em face da inexistência de coisa julgada.

Tenho por manifestamente equivocada a tese de Araken de Assis, que interpreta o artigo 474 do CPC no sentido de vedar a renovação do pedido, qualquer que seja a causa de pedir (salvo se fundada em fato superveniente). Afirma ele que "à vista dos arts. 128, primeira parte, e 468 do CPC, a causa não deduzida fica atingida pelo art. 474 do CPC e, por decorrência, irremediavelmente preclusa." (Reflexões sobre a eficácia preclusiva da coisa julgada. *Ajuris*, Porto Alegre, (44):24-44, nov. 1988; *Cumulação de ações*. São Paulo, RT, 1989, p. 93). Não obstante sua assertiva de que tal conclusão não deveria "escandalizar ninguém", tenho-a por escandalosa, num sistema processual que disciplina a exceção de coisa julgada, ligando-a à triplíce identidade das partes, do pedido e da causa de pedir. Para que haveria o juiz de examinar a identidade da causa de pedir se, para pôr termo à nova ação, bastasse a comprovação da identidade de partes e de pedido? O artigo 474 do Código de Processo Civil não pode ser interpretado como uma supernorma, derogatória de qualquer outra existente no Código. A noção de lide parcial, em que se apóia o autor, diz mais respeito ao pedido do que à causa de pedir. Há o ajuizamento de lide parcial se, vencidas todas as prestações, o autor propõe ação para cobrar apenas uma e, é claro, (o próprio Araken não deixará de concordar), nem por isso estará o juiz autorizado a julgar a lide total, nem haverá que se falar em eficácia preclusiva da coisa julgada.

O regime do fato superveniente ocorrido no curso da ação é o mesmo do fato ocorrido antes e não alegado na inicial. Em outras palavras, o fato superveniente de que o juiz pode conhecer não pode importar

total alteração da causa de pedir. Segue-se, pois, que:

a) alegado o fato, pode o juiz conhecer de efeito seu, que se haja verificado no curso do processo. Exemplo: havendo pedido de indenização de danos pessoais decorrentes do ato X do réu, o efeito "morte da vítima", no curso do processo, pode e deve ser levado em consideração para a fixação da indenização devida;

b) alegado o fato, pode o juiz conhecer do fato conexo, em se tratando de fato complexo. Exemplo: registro do contrato no curso do processo; vencimento da dívida no curso da ação;

c) pode o juiz conhecer de fato de idêntica natureza do alegado na inicial. Exemplo: proposta ação de despejo por falta de pagamento do aluguel de setembro, o inquilino propõe ação de consignação em pagamento do valor correspondente. Dois anos após, o juiz prola a sentença, julgando procedente a consignatória e procedente também o pedido porque, desde então, o inquilino não pagou mais nenhum aluguel;

d) se o fato superveniente é de natureza diversa do alegado na inicial, dele não pode o juiz conhecer. Exemplo: a danificação do imóvel pelo inquilino, no curso de ação de despejo fundada em sublocação não consentida.

O regime do fato contemporâneo, mas desconhecido pelo autor, à data da propositura da ação é igual ao do fato superveniente.

É elementar, embora às vezes esquecido, que, pretendendo o juiz conhecer de fato não alegado, deve ouvir o réu e propiciar-lhe a produção de provas, tal como dispõe o artigo 384 do Código de Processo Penal.

12. Identificação de ações

Trata-se, agora, não mais de resguardar a identidade de uma ação, mas de confrontar duas, para verificar se uma é repetição da outra.

Nos termos do artigo 302, § 2º, do Código de Processo Civil, uma ação é idêntica

à outra quando têm as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

Do texto decorre, à uma primeira leitura, que o fato cognoscível em uma ação é necessariamente incognoscível em outra. Efetivamente, se o fato H, não alegado, era cognoscível na primeira ação, segue-se que ele não importava alteração completa da causa de pedir. Portanto, alegado agora, em uma segunda ação, está-se a repor causa de pedir que já foi objeto de sentença.

Ocorre que as exigências práticas que determinam a cognoscibilidade de fatos não alegados, na ação em curso, não são as mesmas que determinam a incognoscibilidade dos mesmos fatos, em ação diversa.

Admite-se o conhecimento, na própria ação, de fato não alegado na inicial, primeiro, em função de sua conexão com os que foram alegados e, segundo, por economia processual.

Por outro lado, o que se quer impedir, com a coisa julgada, é sobretudo a rediscussão dos mesmos fatos: discussão sempre difícil e inconclusiva sobre provas e sobre a interpretação de leis e contratos.

Suponha-se ação reivindicatória fundada em contrato. Somente no curso do processo ocorre o registro. Trata-se, aí, de fato complexo (contrato+registro). O fato superveniente do registro é cognoscível na própria ação. Se, todavia, esse fato não é levado ao conhecimento do juiz ou se este entende que, dada a fase em que se encontra o processo, já não cabe levá-lo em consideração, tem-se de admitir a propositura de uma segunda ação, fundada no fato novo, não examinado na sentença anterior.

No caso de ação de indenização proposta por passageiro contra empresa de transporte coletivo, fundada na culpa do motorista, seu preposto, pode-se acolher o pedido com base na responsabilidade objetiva, conforme bem ensina Chiovenda, em lição já antes referida. Todavia, se o juiz se detém apenas no exame da responsabilidade extra-contratual e não se pronuncia sobre o fundamento "contrato de transporte", não seria razoável impedir-se a propositura de uma segunda ação, a pretexto de que, havendo o

juiz afirmado a inexistência de culpa, implicitamente teria afirmado a inexistência de qualquer responsabilidade, ainda que objetiva.

Por força do artigo 462 do Código de Processo Civil, o juiz está autorizado a aplicar lei superveniente (*v.g.*, lei de anistia editada no curso de ação anulatória de débito fiscal). Entretanto, não se examinando, na ação em curso, a questão da incidência da lei nova, não seria razoável impedir-se a propositura de uma segunda, a pretexto da existência de coisa julgada, embora nenhum julgamento tivesse havido a respeito.

13. Conexão

O Código de Processo Civil estabelece que a competência em razão do valor e do território poderá modificar-se pela conexão, reputando-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

A reunião de causas, num juízo único, com a prorrogação da competência deste para o conhecimento de ações que, normalmente, seriam submetidas a outro, decorre da necessidade lógica e político-jurídica de evitar julgamentos contraditórios, bem como de razões de conveniência, vinculadas ao princípio de economia processual.

Também no que se refere à conexão de causas nosso Código se vinculou à centenária teoria dos três elementos da ação, formulada por Pescatore e difundida sobretudo por Mattiolo.

Há conexão por identidade de causa de pedir, por exemplo, entre a ação ordinária de cobrança de aluguéis e a consignatória desses mesmos locativos. Em uma e em outra ação, a causa de pedir é o contrato de locação. O inadimplemento do locatário, alegado na ação de cobrança, e a recusa do locador, alegada na consignatória, dizem respeito ao interesse de agir, que não é elemento identificador da ação.

Há conexão por identidade de pedido, por exemplo, entre as ações de cobrança do mesmo aluguel, fundadas uma no próprio contrato de locação e a outra em contrato de fiança.

Não há que se levar demasiado à risca a formulação do Código em relação à conexão. Assim, há identidade de pedido nas ações de despejo relativas ao mesmo imóvel, fundadas uma em falta de pagamento e a outra em denúncia vazia. Nesse caso, salvo se contestada a existência da locação, não há possibilidade de sentenças contraditórias: uma não influi na outra, não sendo essencial que se promova a reunião dos pro-

cessos (não há nulidade).

Por outro lado, pode haver conexão por um elemento originalmente culto, entre uma ação de execução, fundada em cambial e uma ação de cobrança, fundada no contrato subjacente, como freqüentemente ocorre nos contratos garantidos mediante a emissão de título de crédito. O elemento de conexão se revela com a oposição de embargos à execução.

A conferência mundial de Direitos Humanos: Lições de Viena

Antônio Augusto Cançado Trindade

Ph.D. em Direito Internacional pela Universidade de Cambridge,
Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco,
Juiz *ad hoc* da Corte Interamericana de Direitos Humanos,
Delegado do Instituto Interamericano de Direitos Humanos,
Relator do Fórum Mundial das Organizações Não-Governamentais (ONGs) do Tema
"Desenvolvimento, Democracia e Direitos Humanos"

Abstract

The recent II World Conference on Human Rights (Vienna, June 1993) has proceeded to a global assessment of the international experience accumulated in this area in the last decades and has considered means of consolidating and strengthening the mechanisms of international protection of human rights. Just as the I World Conference on Human Rights (Teheran, 1968) contributed with the global outlook of the indivisibility of human rights, the II World Conference may equally contribute in drawing attention to the ways of ensuring such indivisibility in practice, with special care for the disadvantaged or socially excluded persons, vulnerable groups, the poorer segments of society and those most in need of protection.

The imperatives of protection ultimately determine the evolution of the mechanisms of supervision (not only for reparation, but also for prevention and follow-up). The universal ratification of all human rights treaties is to be accompanied by the improvement of adequate national structures and institutions, and the allocation of considerably more resources to United Nations human rights programs and activities. The Vienna Conference has stressed the interrelationship between development, democracy and human rights, and has inserted the right to development into the universe of international human rights law. It has upheld the legitimacy of the concern of the international community with the promotion and protection of human

rights by all and everywhere. It has generated and unprecedented global mobilization and world-wide dialogue, thereby contributing decisively to the process of construction of a universal culture of observance of human rights.

A Conferência Mundial de Direitos Humanos, encerrada há pouco em Viena, vem de proceder à segunda avaliação global da experiência acumulada nas últimas décadas, e dos novos rumos a trilhar, na consolidação e fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos. Nem sempre é fácil discorrer sobre um processo em cuja dinâmica interna se esteve profundamente engajado, mormente à luz de decisões há pouco tomadas, cujos efeitos só se farão sentir no decorrer dos anos que nos conduzem ao próximo século. Por outro lado, tampouco se justificaria deixar passar o momento de registrar algumas das primeiras impressões desse evento histórico, e das lições que podemos dele extrair, antes que sejam diluídas e tragadas pela inexorável erosão do tempo.

Torna-se de início necessário situar a Conferência de Viena em adequada perspectiva histórica. A leitura atenta de seu principal documento final, a Declaração e Programa de Ação de Viena¹, deixa a primeira impressão de que, distintamente da Proclamação de Teerã resultante da I Conferência Mundial de Direitos Humanos (1968), lhe

falta um eixo central, uma idéia-mestra. Com efeito, não foi pequena a significação de ter a Conferência de Teerã logrado a consagração, em um mundo então dividido pela bipolaridade própria da guerra fria, da tese da indivisibilidade dos direitos humanos, hoje de aceitação virtualmente universal, operando considerável transformação no tratamento das questões de direitos humanos no plano internacional a partir de então.

Por outro lado, da redação daquele documento na I Conferência Mundial participaram Delegações de 84 países, ao passo que da redação da recém-adotada Declaração da Conferência de Viena participaram Delegações de 165 Estados (quase o dobro). Isto, sem falar no Fórum Mundial das ONGs, de que participaram 800 ONGs registradas de todo o mundo; a Conferência de Viena, como um todo, contou com cerca de dez mil participantes registrados. Daí uma complexidade consideravelmente maior, ante o fenômeno hodierno da proliferação de novos Estados, em distintos graus de desenvolvimento político, econômico e social, buscando seus próprios valores ou novos valores, sem haver contado com a experiência de ter participado da redação da Declaração Universal e dos dois Pactos de Direitos Humanos, e alguns deles tampouco da redação da Proclamação de Teerã de 1968.

Mesmo em um período de tempo relativamente curto, como o que se estende da convocação da II Conferência Mundial em dezembro de 1990 à realização da mesma em junho deste ano, o panorama internacional alterou-se dramaticamente, talvez mais profundamente do que nas três últimas décadas. A aguda recessão econômica, o crescimento alarmante da pobreza extrema em todo o mundo, a implosão de conflitos internos em tantos países, tornaram o mundo em que vivemos talvez bem mais perigoso do que se poderia antever no momento da convocação da Conferência de Viena. Tudo isto se fez refletir nos documentos finais desta última (Declaração e Programa de Ação de Viena, resoluções so-

bre a Bósnia-Herzegovina e a Angola, e relatório final da Conferência).

À época da Proclamação de Teerã, ainda não operavam os mecanismos e órgãos de supervisão internacionais de direitos humanos como hoje os conhecemos. Passaram a funcionar regularmente a partir dos anos setenta, à medida em que entravam em vigor sucessivos tratados de direitos humanos, e se multiplicavam com a adoção também de procedimentos adicionais baseados em resoluções de organismos internacionais. Assim, em nada surpreende que a Declaração de Viena de 1993 se afigure mais densa e técnica do que a equivalente de Teerã de 1968, marcada pelo reconhecimento da necessidade de melhor coordenação de tantos instrumentos internacionais coexistentes. A Proclamação de Teerã corresponde à fase legislativa; a Declaração de Viena, à fase de implementação, desses instrumentos múltiplos. Cada uma é fruto e dá testemunho de seu tempo.

Na verdade, tanto a Conferência de Teerã como a de Viena fazem parte de um processo prolongado de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos. Assim como a Proclamação de Teerã contribuiu sobretudo com a visão global da indivisibilidade e inter-relação de todos os direitos humanos, a Declaração de Viena poderá também contribuir ao mesmo propósito se sua aplicação se concentrar doravante nos meios de assegurar tal indivisibilidade *na prática*, com atenção especial às pessoas discriminadas ou desfavorecidas, aos grupos vulneráveis, aos pobres e aos socialmente excluídos, em suma, aos mais necessitados de proteção. O "espírito de nossa época", a que se refere o preâmbulo da Declaração de Viena caracteriza-se pela busca de soluções globais a problemas que afetam a todos os seres humanos, pela aspiração comum a valores superiores.

A universalidade dos direitos humanos é uma conquista definitiva da civilização de longa data. O processo penoso de sua reaseração pela Conferência de Viena há, porém, de ser apreciado com necessário espírito crítico. Somente nos debates do

Comitê de Redação da noite de 23 de junho último, quase ao apagar das luzes da Conferência, sepultaram-se de vez as pretensões das Delegações partidárias do relativismo, com a reafirmação inequívoca do universalismo (parágrafo primeiro *in fine*, sem os matizes do parágrafo quinto, adotado dias antes, da parte operativa I da Declaração de Viena). Tivessem os trabalhos preparatórios da Conferência de Viena² sido melhor concebidos e conduzidos, teria esta apreensão sido evitada. Compreendeu-se finalmente que a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, a qual jamais pode ser invocada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos. Depois de anos de luta, os princípios do direito internacional dos direitos humanos parecem finalmente ter alcançado as bases das sociedades nacionais.

Os que há muitos anos atuamos no movimento internacional dos direitos humanos teríamos, no entanto, preferido um processo preparatório que propiciasse uma visão sistêmica da matéria, que se concentrasse especificamente nos meios concretos de aprimorar a eficácia dos mecanismos existentes de proteção dos direitos humanos, sem deixar margem para a reabertura de questões já resolvidas e tentativas de freio ou retrocesso. A reasserção da universalidade dos direitos humanos, da maneira como se efetuou em Viena, apesar de parecer um avanço, não foi mais do que a salvaguarda contra um retrocesso.

É significativo que uma avaliação geral como a da Conferência de Viena tenha ressaltado a necessidade de uma adaptação contínua dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas às *necessidades correntes e futuras de proteção*. Daí a consideração de mecanismos de prevenção, de procedimentos de seguimento (*follow-up*) em relação aos sistemas tanto de petições ou denúncias como de relatórios, de mecanismos de ação emergencial face a violações agudas dos direitos humanos, da ampliação de procedimentos que consagrem o direito de petição, da racionalização dos sistemas de relatórios, da ampliação das relatorias

especiais e grupos de trabalho das Nações Unidas (para abarcar novos temas ou situações), da recomendação de estabelecimento pela Assembléia Geral das Nações Unidas de um Alto-Comissariado de Direitos Humanos (na linha da proposta da Anistia Internacional de dezembro de 1992). Na verdade, a concepção e o estabelecimento dos mecanismos de proteção das Nações Unidas, particularmente no decorrer das últimas duas décadas e meia, se têm dado como *respostas* às violações de direitos humanos, e é importante que a recente Conferência tenha deixado isto claro: são os imperativos de proteção que, em última análise, determinam a constante adaptação e evolução dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas.

Assim como a I Conferência Mundial, de Teerã, contribuiu para clarificar as bases para desenvolvimentos subseqüentes desses mecanismos de proteção, a II Conferência Mundial buscou dar um passo adiante ao concentrar os esforços, por um lado, no fomento da criação da necessária infraestrutura nacional, no fortalecimento das instituições nacionais para a vigência dos direitos humanos; e, por outro, na mobilização de *todos* os setores das Nações Unidas em prol da promoção dos direitos humanos, assim como no incremento de maior complementaridade entre os mecanismos globais e regionais de proteção.

No tocante ao primeiro ponto - as medidas nacionais de implementação, - ressaltou a Conferência, além da "ratificação universal" e sem reservas dos tratados e protocolos de direitos humanos, a necessidade da pronta incorporação dos instrumentos internacionais de direitos humanos e de direito internacional humanitário no direito interno dos Estados, com vistas a sua devida e plena implementação. Além disso, recomendou o estabelecimento, nas Nações Unidas, de um *programa* amplo - corretamente defendido pelo Brasil e outros países - de fortalecimento de "estruturas nacionais adequadas" que tenham impacto direto na observância dos direitos humanos e na manutenção do Estado de Direito, com um

aumento considerável de recursos do atual orçamento regular das Nações Unidas, assim como de orçamentos futuros e de fontes extra-orçamentárias para este fim.

O segundo ponto merece um detido exame de consciência por parte das Nações Unidas. Desde a época da Conferência de Teerã até recentemente, havia um divórcio, no seio do próprio sistema das Nações Unidas, entre as agências e órgãos voltados aos seus três objetivos básicos - a manutenção da paz e segurança internacionais (o mais realçado no passado), a promoção do desenvolvimento econômico e social, e o respeito pelos direitos humanos, - que atuavam de forma compartimentalizada em razão das características do cenário internacional da época. A recente Conferência de Viena, realizada já no período do pós-guerra fria, buscou uma maior aproximação entre aquelas agências e órgãos, de modo a lograr a realização conjunta dos três objetivos básicos e incorporar a dimensão dos direitos humanos em *todos* os seus programas e atividades.

No entanto, para que se realize propósito tão meritório, há que buscar e encontrar os meios com que o professado equilíbrio se reflita no orçamento da Organização. É de se lamentar não se tenha em Viena logrado maior precisão quanto aos recursos adicionais: como os recursos do orçamento regular das Nações Unidas destinados aos direitos humanos são hoje insignificantes - menos de 1% -, mesmo um "aumento considerável" deles, inclusive mediante contribuições voluntárias, não se mostrará suficiente para realizar plenamente aquele propósito. Os atuais 0,7% do orçamento regular da ONU reservados ao terceiro objetivo básico da Organização são manifestamente insuficientes, um quase descaso em relação à causa da promoção e proteção dos direitos humanos. O êxito futuro da Declaração de Viena está inelutavelmente ligado à reversão desse quadro; sem recursos adequados não há Declaração que produza resultados.

A incorporação da dimensão dos direitos humanos em todas as atividades e progra-

mas das Nações Unidas haverá de começar, a nosso ver, nas esferas de maior escala em que precisamente têm os direitos humanos sido negligenciados, senão por vezes ignorados. No plano político-estratégico, a ilustração mais eloqüente é a das operações de manutenção e construção da paz (a exemplo das recentes operações de grande envergadura em El Salvador - ONUSAL - e no Camboja - UNTAC), que requerem, a partir da *Agenda para a Paz* do Secretário-Geral B. Boutros-Ghali, a incorporação dos chamados "componentes de direitos humanos" de forma mais sistematizada e ordenada. Nos planos econômico e financeiro, o exemplo mais marcante é o dos programas e projetos de desenvolvimento e das operações dos organismos financeiros internacionais das Nações Unidas (Banco Mundial e FMI), cuja compatibilidade com as disposições relevantes dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas está a requerer demonstração.

É difícil evitar a impressão que nos deixou a Conferência de Viena de que o mundo talvez ainda não esteja suficientemente preparado para o período do pós-guerra fria. É imperioso que os ventos de transparência e democratização, que felizmente arejaram e alentaram as bases de tantas sociedades nacionais em distintos continentes, alcancem também as estruturas dos organismos internacionais, tanto os políticos (como o Conselho de Segurança, entravado pelo veto), como os financeiros (como os organismos supracitados das Nações Unidas, condicionados pelo voto ponderado ou proporcional). Não se pode professar o universalismo no plano conceitual ou normativo e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional. Os direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no cotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos humanos, em razão de sua universalidade nos planos tanto norma-

tivo quanto operacional, acarretam obrigações *erga omnes*.

É esta uma das grandes lições que podemos extrair da Conferência Mundial de Viena. É significativo que se tenha conclamado à erradicação da pobreza extrema e da exclusão social como "alta prioridade" para a comunidade internacional. Todos experimentamos a indivisibilidade dos direitos humanos no cotidiano de nossas vidas. O empobrecimento de segmentos cada vez maiores da população constitui, a nosso ver, em decorrência daquela indivisibilidade, uma denegação flagrante e maciça da totalidade dos direitos humanos. A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 corretamente situa o ser humano como sujeito central do processo de desenvolvimento³. Reclamando um maior fortalecimento na inter-relação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo, a Declaração de Viena, ao endossar com firmeza os termos daquela Declaração, contribuiu para dissipar dúvidas porventura persistentes e inserir o direito ao desenvolvimento definitivamente no universo do direito internacional dos direitos humanos.

Os resultados da Conferência de Viena naturalmente não se exaurem nos documentos finais formalmente adotados no Centro Austríaco na plenária de 25 de junho último, mormente a Declaração e Programa de Ação de Viena, o texto principal, emanado do Comitê de Redação da Conferência presidido com eficiência pelo Brasil. Algumas decisões tomadas no âmbito da Conferência Mundial e que não figuram nos referidos documentos também acarretarão consequências, que esperamos positivas a curto prazo. Várias das recomendações adotadas pelo Fórum Mundial das ONGs em 12 de junho foram incorporadas na Declaração e Programa de Ação, e, as que não puderam sê-lo, continuarão a ecoar em outros foros. A contribuição das ONGs foi das mais importantes, e seu Fórum Mundial constituiu-se em episódio dos mais comoventes da Conferência Mundial. Os governos que, ao longo do processo preparatório da Confe-

rência, resistiram a outorgar às ONGs acesso à Conferência de Viena, têm hoje motivos para envergonhar-se. Por outro lado, não há que passar despercebida a atitude positiva de certas Delegações governamentais que, nos debates da tarde de 17 de junho no Comitê Principal, e da noite de 25 de junho na plenária final, chegaram a manifestar expressamente a determinação de envidar esforços conjuntos com as ONGs em prol da observância dos direitos humanos. Ficou, em suma, cabalmente demonstrada a necessidade imprescindível da presença e contribuição das ONGs, como verdadeira seiva do movimento dos direitos humanos.

De igual importância foram as *reuniões especializadas* da Conferência de Viena - dos relatores especiais e grupos de trabalho da ONU, dos órgãos convencionais de supervisão internacional, e das instituições nacionais, - que passaram despercebidas da maioria dos participantes da Conferência, mas felizmente mereceram a atenção dos especialistas lá presentes. Nestas reuniões, insistimos nos métodos de melhor coordenação dos mecanismos de proteção e na racionalização de seus trabalhos, na criação de um *sistema de relatorias* após anos de operação de forma fragmentada ou atomizada, e nas medidas nacionais de implementação. As referidas reuniões especializadas apresentaram propostas concretas e substanciais tendentes à consolidação de um *sistema de monitoramento contínuo* da observância dos direitos humanos nos planos internacional e nacional.

A Conferência Mundial de Viena afirmou de modo inequívoco a legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com a promoção e proteção dos direitos humanos por todos e em toda parte. Na rota de Teerã a Viena, é este sem dúvida um passo adiante, que acelerará o processo de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos. Mais além de Viena, não nos cabe, os que participamos da última Conferência, uma das mais complexas da atualidade, julgar o mérito de seus resultados: esta é tarefa para as

gerações futuras. Podemos, sim, refletir sobre eles, tentar avaliá-los, e extrair lições, como as que aqui resumidamente expusemos.

Verifica-se hoje, enfim, a conscientização das amplas dimensões temporal (inclusive preventiva) e espacial (global) da proteção dos direitos humanos. Mais transcendental do que qualquer dos textos oficialmente adotados em Viena, afigura-se-nos a mobilização universal inédita gerada pela Conferência: tanto a Conferência propriamente dita quanto suas três Reuniões Regionais Preparatórias, a par das quatro sessões do Comitê Preparatório e das numerosas "reuniões-satélites" da Conferência, congregaram um número considerável e sem precedentes de ONGs e movimentos de base de todos os continentes, somados a um contingente cada vez maior de Delegações governamentais sensibilizadas pela nobre causa. Assim, mais importante do que qualquer documento, foi este *processo de diálogo universal* gerado pela II Conferência Mundial, que certamente fortalecerá o movimento dos direitos humanos no sentido de consolidar um monitoramento contínuo de sua

observância por todos e em toda parte. Viena demonstrou, uma vez mais, que é nos momentos de crise que se tentam os saltos qualitativos, que propiciem avanços reais no campo dos direitos humanos, mesmo porque as crises e o sofrimento humano evidenciam as necessidades prementes de proteção.

Notas

¹ Para uma análise da Declaração e Programa de Ação de Viena, cf. A. A. Cançado Trindade, "A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993): Balanço dos Resultados", 9 *Revista do IBASE - Políticas Governamentais* - Rio de Janeiro (julho/agosto de 1993), nº 93, págs. 1-7 (no prelo).

² Para uma análise destes, cf. A.A. Cançado Trindade, "O Processo Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)", 38 *Revista Brasileira de Política Internacional* (1993), nº 1, págs. 1-45 (no prelo).

³ Para um relato da primeira avaliação pelas Nações Unidas da matéria, cf. A.A. Cançado Trindade, "As Consultas Mundiais das Nações Unidas sobre a Realização do Direito ao Desenvolvimento como um Direito Humano", 72/74 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1990-1991) págs. 91-100.

O Código Civil Alemão - Adolescente ou ancião?

(por ocasião do dia 11 de janeiro de 1993)

Michael R. Will

Professor na Universidade de Genebra

Tradução de Peter Naumann, revista pelo autor e por Jorge Cesa Ferreira da Silva

Todos sabem que os códigos do Brasil e da Alemanha estão, sob múltiplos aspectos, próximos um do outro. Essa proximidade não se esgota no fato das raízes de ambos remontarem até séc. XIX adentro. Há também um interessante ponto de intersecção temporal na Suíça: em 11 de janeiro de 1893, Antonio Coelho Rodrigues, que buscara inspiração nas idéias então dominantes na Alemanha e em Zurique, encerrou a redação do seu projeto¹ aqui em Genebra. O projeto não ficou a salvo do tiroteio da crítica, sobretudo da parte de Ruy Barbosa, preceptor em questões de vernaculidade. Isso custou muitos anos, e assim se explica que o Código Civil brasileiro foi elaborado na mesma época do alemão, mas promulgado apenas vinte anos mais tarde.

Ora, desde que cultivo um contato especialmente amistoso com a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, os seus professores e estudantes, não foi somente o Código Civil do Brasil, tão próximo e por outro lado tão estranho, que me fascinou, mas sobretudo a sua reforma, em que teve participação destacada um dos grandes homens dessa faculdade, o Prof. Dr. Clóvis V. do Couto e Silva², comparatista de categoria internacional, que infelizmente nos deixou muito cedo. Por que esse projeto de 1975, aprovado em 1984 pelo Senado³, está engavetado há mais de uma década, sem que se tome conhecimento dele?

Várias explicações foram dadas. Mencionou-se, sobretudo, a necessidade de esperar pela nova constituição. Mas será que o *Code Napoléon* de 1804 não sobreviveu incólume

a todas as constituições, sem falar aqui do Código Civil alemão?

O Código Civil alemão de 1896, que entrou em vigor no início do século, está hoje com 94 anos. É um ancião, se o compararmos com o *Codice Civile Italiano*, com o adolescente Código Civil português ou mesmo com o recém-nascido código holandês, mas é um jovem na flor da idade, se o compararmos com o *Code Napoléon*, que tem o dobro da sua idade.

Esse BGB [*Bürgerliches Gesetzbuch*, sigla doravante usada - o tradutor] sobreviveu a várias tempestades políticas, flexível como uma taquara: funcionou durante 18 anos sob o governo do imperador alemão (1900-1918), depois durante 14 anos na República de Weimar (1919-1933), durante 12 anos no Terceiro Reich (1933-1945), durante 30 anos na República Democrática Alemã (1945-1975). Confinado desde 1976 ao Ocidente, isto é, à República Federal da Alemanha, ele está vivendo atualmente um *comeback* inesperado no Leste, pois em outubro de 1990 o concorrente - o código civil da RDA - falece repentinamente, junto com a ideologia que o produziu.

Desde então o BGB volta a ter novamente vigência para toda a Alemanha com a sua população aumentada para cerca de 80 milhões de habitantes.

Durante um momento - entre a queda do Muro de Berlim e a reunificação - alguns sonharam com um novo BGB pan-alemão, que absorveria a redação popular e alguns conteúdos progressistas como conquistas da pregressa época socialista: o direito contratual mais simples; a responsabilidade civil

geral por ilícitos com inversão do *onus probandi* no caso da culpa; a eliminação de todo e qualquer regime especial para filhos naturais; uma regulamentação razoavelmente limitada do direito sucessório e do direito à legítima, sendo que este último estaria, se possível, acoplado às obrigações alimentícias. Em duas palavras: conquistas, cujo valor positivo sempre reconhecemos diante dos nossos colegas orientais, às vezes talvez com uma pontinha de inveja.

Inversamente esperava-se no Leste que ao menos a Lei dos Contratos Comerciais Internacionais de 1976 seria estendida a todo o mercado interno alemão⁴.

Mas hoje esse belo sonho já se desvaneceu há muito tempo⁵. Para onde quer que olhemos, não vemos nenhum indício de que possa ocorrer uma revisão maior do BGB até o ano 2000, quer dizer, até o seu centésimo aniversário. Ao menos nada indica que possa ocorrer uma revisão completa à maneira de uma refundição do BGB, na qual hoje ninguém está pensando. Mas uma revisão parcial? Talvez ela seja possível. Talvez também seja possível apenas uma mini-revisão, bem localizada no Direito Geral das Obrigações. E que pensar de uma enxurrada de outras leis especiais na periferia? Sim, isso é plausível, pois isso acontece rapidamente, e o nosso legislador está cada vez mais apressado. E que dizer de um código civil europeu moderno no lugar do velho e bom BGB (à semelhança de um instável *ecu* no lugar do marco estável)?

Será que os nossos netos e bisnetos ainda haverão de conhecê-lo?

Poderíamos perguntar agora: será que esse código, herdado do séc. XIX, não já esgotou a sua utilidade? Será que os tempos não são maduros para uma reforma abrangente? Por que os alemães não deveriam emular os holandeses, que fizeram entrar em vigor, no início de 1992, um novo *Burgerlijk Wetboek* [Código Civil], depois de trabalhos preparatórios de cinquenta anos⁶.

Mas justamente o exemplo holandês - poderíamos mencionar também o exemplo brasileiro de 1984, que ficou a meio caminho - alimenta dúvidas quanto à capacidade

criativa e ao fôlego da nossa geração para o grande lance. No nosso próprio país conhecemos um número suficiente de projetos reformistas abandonados. O mais recente deles é o quarto projeto do Ministério da Justiça sobre o direito de indenização por danos, de janeiro de 1967. Por essa razão podemos imaginar com maior facilidade um processo constante e progressivo da adaptação e da mudança em planos distintos e com meios distintos: teríamos então uma espécie de revisão permanente ao invés de uma revisão total de uma só vez?

Lembremos, primeiramente, que os juízes alemães nunca entraram no gozo de um crédito de confiança similar ao concedido, por exemplo, aos seus colegas suíços, que devem, graças a essa célebre *carte blanche* do artigo 1, II, do seu código civil, preencher as lacunas na lei de tal modo, como se eles mesmos fossem os legisladores. Muito pelo contrário: pode-se constatar entre nós uma desconfiança enraizada há muito tempo: o legislador alemão tradicionalmente não gosta dos juízes e procura colocar-lhes a coleira, onde isso é possível. Um exemplo clássico está na cláusula geral de responsabilidade civil por ilícitos: depois de um vaivém prolongado, ela foi rejeitada pelos pais fundadores do BGB, pois eles temiam - de olho na *praxis* judicial francesa relativa aos artigos 1382, 1383 do *Code civil* - pela garantia da certeza do direito. Assim os juízes alemães dispõem, além do instrumental tradicional - da interpretação literal, da redução teológica e da analogia - somente de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, para adaptar-se às mutantes circunstâncias de tempo e aos valores igualmente mutantes: aqui se pensa sobretudo no "bom costume" [*Gute Sitten*] (BGB, §§ 138 e 826) bem como na figura da "boa-fé" [*Treu und Glauben*] (BGB, §§ 157 e 242). De início parece ter havido pouca consciência acerca do potencial benéfico desses artigos dispersos e flexíveis⁷ que se tornaram paulatinamente uma verdadeira fonte de *equity law*. Pois como os magistrados de outras partes do mundo, os juízes alemães também não permitiram que se lhes pusesse a coleira.

Com ajuda dessa fórmula da boa-fé eles criaram novas figuras jurídicas, quando a necessidade para tal se impunha (assim por exemplo a *culpa in contrahendo*, a supressão da base do negócio jurídico" [*Wegfall der Geschäftsgrundlage*], o "abuso do direito [*unzulässige Rechtsausübung*], a "perempção" [*Verwirkung*]*. Essas cláusulas gerais, que entrementes são consideradas como verdadeiramente típicas do estilo judicial alemão [*stiltypisch*], prestam-se muito bem para rejuvenescer a codificação alemã em constante adaptação aos novos tempos ou, como foi dito de forma elegante, para "garantir ao BGB um suave processo de envelhecimento"⁸.

Menos bonito - e por assim dizer o reverso sombrio da medalha - é, no entanto, o potencial de abuso, já comprovado mais de uma vez. Poderíamos dizer a título de gracejo que a cláusula geral é como o sorriso de uma dama, que recebe sucessivamente todos os cavalheiros: os monarquistas, os republicanos, os fascistas, os comunistas, os democratas, os liberais e quantos mais possa haver. E se amanhã fosse proclamada a República Islâmica na Alemanha, não haveria por que temer pelo futuro do BGB: de um dia para outro as cláusulas gerais garantiriam a ortodoxia desejada.

Com efeito essas cláusulas gerais serviram sucessivamente aos potentados nazistas e comunistas - e de maneira impecável, do ponto de vista do método. Assim a Corte Suprema do Reich decidiu em 1943 que

"... A visão de mundo do nacional-socialismo, ancorada nas leis da vida e dos costumes do povo alemão, reveste-se de validade geral para a interpretação e avaliação de leis e contratos existentes, e é a partir dela que se define o conteúdo dos conceitos de boa-fé (§§ 157 e 242 do BGB) e do bom costume (§§ 136 do BGB)".⁹

Mal passara a fantasmagoria nazista, os tribunais operantes na Alemanha Oriental, dóceis ao regime de sucessão, colocaram nos odres velhos os seus "princípios da moral socialista" e as "necessidades da convivência socialista". E não obstante a adaptação do Direito Privado, destarte promovida,

não parecia satisfazer permanentemente nenhum desses dois regimes. Tanto numa quanto na outra área de poder havia necessidade de uma recodificação mais condizente com as demandas dos cidadãos. Mas enquanto o código do Terceiro Reich (*Volksgesetzbuch* [Código do povo]) permaneceu sendo um projeto, em virtude da guerra, o código civil da RDA pôde entrar em vigor em 1976, depois de 25 anos de trabalhos preparatórios, e ter vigência durante 15 anos - como único exemplo de uma "revisão" do BGB alemão, inicialmente bem sucedida e por fim de pouca duração.

Se hoje ninguém exige uma revisão total do BGB, que, conforme se admite, envelheceu a ponto de ficar muito vasto [*unübersehbar*], isso se deve creditar a essa "revisão permanente", que os legisladores e os tribunais efetuaram de mãos dadas durante décadas a fio. Nessa "revisão permanente" delineiam-se com nitidez cada vez maior as influências internas e - em medida crescente - as influências internacionais.

I. Influências internas

Ressaltemos apenas dois aspectos relativos às influências originadas da esfera interna. O primeiro consiste no que se chama na Itália - segundo um termo de Natalino Irti - *decodificazione*; o segundo diz respeito ao que os Estados Unidos da América nos trouxeram depois da Segunda Guerra Mundial: a irrupção da constituição no Direito Privado. E não é raro encontrar os dois aspectos juntos: a constituição, que faz com que uma norma pareça ser questionável, e depois a *decodificazione* como instrumento comprovadamente eficaz da reforma.

1. Decodificazione

No fenômeno da *decodificazione*, apenas o nome é novo.

Ela já tinha iniciado na Alemanha nos anos que precederam a codificação, numa época, na qual o desenvolvimento técnico e social e, com isso, a necessidade de proteger especialmente os mais fracos, já se delineava com clareza no horizonte.

Nessa época, em 1889, Otto von Gierke advertiu com grande capacidade premonitória do que ele chamava de "erro fatal", a saber,

"abandonar a obra social à leis especiais, para poder configurar o Direito Privado Comum de forma puramente individualista, sem ser incomodado pela tarefa assim delegada."¹⁰

Foi isso que aconteceu, no entanto. Sem demorar-me mais tempo no Direito Trabalhista, que se autonomizou pouco mais tarde em termos materiais, bem como processuais, lembro apenas duas áreas, que foram percebidas - sem que se pudesse vencer essa sensação - como situações de exceção: a proteção contra os perigos advindos do poderio econômico excessivo (proteção ao consumidor) e por outro lado a proteção contra os perigos da técnica (responsabilidade objetiva).

No primeiro caso preferiu-se desalojar as operações de crédito ao consumidor completamente do BGB (Lei sobre os contratos de vendas a prazo [*Abzahlungsgesetz*] de 1894 com atualizações de 1969, 1974 e 1976). Esse método de criação de Direito Privado à margem do código foi seguido fielmente até os nossos dias; pensemos apenas no caso da regulamentação fundamental do direito das condições gerais de contratos [Lei AGB] de 1976.

No segundo caso, repugnava a uma "consciência jurídica" alegadamente "alemã" incluir no BGB a responsabilidade estrita por riscos advindos do transporte ferroviário. Essa responsabilidade tinha sido estabelecida há muito tempo e ficou banida na legislação especial (Lei do Reich Sobre a Responsabilidade Civil [*Reichshaftpflichtgesetz*] de 1871, hoje Lei Sobre a Responsabilidade Civil [*Haftpflichtgesetz*] de 1978), assim como desde então a responsabilidade sem culpa por todas as outras fontes possíveis de riscos elevados foi posta de caso para caso em leis especiais: nos meios de transporte (automóvel, 1909; avião, 1922), no abastecimento energético (eletricidade e gás, 1943; energia nuclear, 1959; vapor e

líquidos, 1978), na fabricação (produtos farmacêuticos, 1976 e engenharia genética, 1990 especificamente, todos os produtos genericamente em 1989), no meioambiente (gerenciamento de recursos hídricos 1957, impactos ambientais genericamente em 1989) - e a fila das leis especiais se encomprida com rapidez cada vez maior¹¹.

No início alguns ainda pensavam em conservar a pureza dos princípios na grande codificação do Direito Privado - acolá o princípio da liberdade de contratar, aqui o princípio da responsabilidade por culpa. Mas em que essas normatizações deveriam fundar-se hoje?

2. Constituição

Diante da fuga para o Direito Privado especial a irrupção da constituição na própria codificação configura um fenômeno completamente novo da segunda metade do nosso século. A Itália, a Espanha e Portugal conhecem-no. Na República Federal da Alemanha essa evolução iniciou com a Lei Fundamental [*Grundgesetz, GG*] de 1949 e a instituição de uma jurisdição constitucional. A constituição de Weimar, de 1919, não tinha deixado nenhum rastro no BGB. Mas desde os anos 50 o imperativo dos direitos iguais das mulheres (§ 3, II, do GG) e dos filhos ilegítimos (§ 6 V do GG) fizeram com que o estoque de normas relativas ao Direito Familiar e Sucessório, contido no quarto e no quinto livro do BGB, fosse literalmente resolvido: divórcio em virtude da falência da união matrimonial [*Zerrüttungsscheidung*], compensação dos aqüestos [*Zugewinnausgleich*], ajuste das expectativas de pensões dos cônjuges [*Versorgungsausgleich*], nome de família, guarda paternal, adoção, redução do limite de maioridade, direito do filho natural ao recebimento da cota hereditária em dinheiro [*Erbersatzanspruch*] e compensação sucessória antes do tempo [*vorzeitiger Erbausgleich*] - uma série de regulamentações novas e muitas vezes também novas figuras jurídicas¹².

Em parte o legislador cumpriu espontaneamente a terefa da constituição, em parte

a Corte Constitucional Federal evocou-lhe com suavidade maior ou menor - às vezes com fixação de prazo¹³ - um imperativo constitucional ou extinguiu simplesmente a vigência de artigos novos bem como mais antigos do BGB¹⁴; em parte ele mesmo¹⁵ ou outros tribunais enveredaram pelo caminho de uma assim chamada interpretação conforme a constituição.

Mesmo o passo extremamente ousado de um desenvolvimento do direito *contra legem*, orientado segundo os direitos fundamentais, já foi avalizado há vinte anos pela Corte Constitucional Federal. Na mesma época importava conceder, contra o teor literal do § 253 do BGB, ressarcimento em dinheiro também para danos imateriais no caso de graves lesões da personalidade. A Corte Constitucional Federal afirma que, em termos bem gerais,

"O envelhecimento das codificações (...) faz crescer necessariamente a liberdade do juiz de desenvolver criativamente o direito;" e ela afirma ainda, atenuando as preocupações, que surgem com relação à separação dos poderes, que a experiência ensina que

"as reformas legislativas chocam-se com dificuldades e obstáculos especiais justamente quando elas devem levar a modificações de uma das grandes obras legislativas, que cunham a imagem do ordenamento jurídico na sua totalidade como a codificação do Direito Privado no BGB."¹⁶

Contra legem, e em última instância também *contra naturam*. Como é que os pais fundadores do BGB podiam prever que a nossa técnica médica poderia um dia converter homens em mulheres e mulheres em homens e que a moral social haveria de tolerar que o mandamento divino de dominar o mundo fosse levado a esse extremo. Por isso a lei alemã sobre os transsexuais, [Transsexuellengesetz] de 1980, forçada pelos juízes perante a Corte Constitucional Federal e perante a Corte das Comunidades Europeias de Direitos Humanos, não constituirá por muito tempo - à semelhança do seu *pendant* italiano, que é apenas dois anos

mais jovem¹⁷ - o único exemplo de como as duas influências operam conjuntamente, deslançando a revisão: a influência da constituição e a descodificação.

II. Influências internacionais

As influências das esferas supranacional e internacional são de data mais recente do que essas influências advindas da esfera do ordenamento jurídico interno.

1. Direito europeu

No fim dos anos 50 o BGB passou a sentir muito rapidamente os efeitos da *incoming tide* do direito europeu, oriundos de alturas supranacionais. Mas o direito comercial e societário europeu, que estava em vias de constituição e mudou o *Codice Civile* italiano tão duradouramente, deve ser deixado de lado aqui. Não se pode afirmar que ele não tenha deixado vestígios na Alemanha. O contrário foi o caso. A razão está no simples fato de que a matéria está codificada em separado na Alemanha, quer dizer, não no BGB, à diferença do caso italiano e suíço¹⁸.

Para o nosso BGB trata-se, portanto, em primeiro lugar, do direito europeu para a proteção dos assalariados e dos consumidores, em vias de constituição¹⁹.

No Direito Trabalhista - para começar com ele - a aplicação direta do art. 119 do Tratado de Constituição da CEE ("remuneração igual para o homem e a mulher") também é ponto pacífico na relação individual de trabalho entre o empregador e o empregado: trata-se de direito comunitário primário. A diretiva da CE 76/207 - baseada nele e um assim chamado direito comunitário secundário, derivado do primário - foi cumprida na Alemanha em 1980 de tal modo que foram inscritos no BGB os §§ 611 a e 611 b²⁰, que concedem a um assalariado eventualmente discriminado a pretensão à indenização por danos.

O aspecto infeliz dessa regulamentação residu apenas no fato de ela ser tão apertada e não abranger mais do que o dano de confiança [Vertrauensschaden], quer dizer,

apenas o interesse negativo, não o positivo (o assim chamado parágrafo do porte postal). Daí pouco mais tarde a crítica inequívoca da Corte das Comunidades Europeias de 1984, de que a sanção não estaria numa relação adequada ao dano sofrido, devendo ser considerada apenas como sanção simbólica. Quando, não obstante, o legislador alemão não fez nenhum esforço no sentido de reparar a implementação reconhecidamente insuficiente - e não se esqueça que isso ocorreu 13 anos após a promulgação da diretiva -, o Tribunal Federal do Trabalho começou em março de 1987 a interpretar as normas do BGB conforme a diretiva. No caso concreto estava em jogo um emprego numa pensão de animais. Uma candidata não foi aceita, pois a atividade seria muito perigosa e a contratação de uma mulher não estaria, por conseguinte, prevista. O tribunal viu nisso uma depreciação das qualidades profissionais da candidata e constatou a ocorrência de uma grave intervenção na sua personalidade. A título de ressarcimento pelos seus danos imateriais, ela teria direito a uma importância em dinheiro correspondente a um salário mensal, conforme §§ 823 I, 847, em combinação com §§ 1 I, 2 I, 3 II da Lei Fundamental²¹.

Estamos aqui diante de irrupções claras do Direito Trabalhista Europeu no BGB, logradas com o método da "interpretação conforme a diretiva"²².

Talvez ainda não possam ser constatados com tanta nitidez os efeitos no direito europeu de proteção ao consumidor, onde as duas diretivas principais - uma relativa à responsabilidade do produtor, a outra relativa ao crédito ao consumidor - deslançaram, por sua vez, um Direito Privado especial (*decodificazione*).

A Lei de crédito ao Consumidor [Verbraucherkreditgesetz] de 1990 é uma dessas "conquistas" fracamente motivadas pelo direito europeu²³, forçadas contra o tão decantado princípio de subsidiaridade pela Comissão e pelo Conselho de Ministros em Bruxelas, que iniciaram com a Lei sobre a Anulação de Venda a Domicílio [Haustürwiderrufsgesetz] de 1986 e prosseguem com as

regulamentações sobre as viagens organizadas, bem como sobre as cláusulas abusivas [missbräuchliche Klauseln] em contratos com os consumidores²⁴ - o que afetará o BGB muito mais profundamente. Essa Lei de Crédito ao Consumidor substituiu a já mencionada e quase centenária Lei do Pagamento a Prazo de 1894, e isso bem de acordo com a tradição: fora do BGB²⁵.

No entanto, a Lei sobre a Responsabilidade do Produtor [Produkthaftungsgesetz], de 1989, promete produzir efeitos muito mais duradouros sobre o BGB, embora o seu § 15 Abs. 2 deixa expressamente intacta a responsabilidade tradicional por ilícitos, introduzindo, porém, assim também um problemático duplo regime [Doppelspurigkeit] prenhe de problemas. Essa Lei sobre a Responsabilidade do Produtor apresenta, como se sabe, lacunas de proteção, como elas não existiram até agora: uma quantia máxima relativa à responsabilidade de 160 milhões de marcos alemães no caso de danos de coisas [Sachschäden], uma franquia de 1125 marcos alemães no caso de danos de pessoas, a exclusão de danos imateriais, para mencionar apenas algumas dessas lacunas.

Será que essas lacunas devem ser preenchidas agora com o direito jurisprudencial rigoroso praticado até o momento e será que se pretende com isso - em benefício da vítimas - neutralizar de fato o fim dessa harmonização do direito? Ou será que se pretende, inversamente - para atingir a harmonia jurídica em toda a Europa -, abandonar o direito jurisprudencial já praticado há tanto tempo e com êxito a partir do § 823 do BGB²⁶. E, para além disso, o que vale para todo o direito comunitário primário ou secundário absorvido pelo BGB: a palavra final não é mais proferida pelos tribunais alemães, mas pela Corte da União Europeia!

2. Direito internacional

Os impulsos oriundos de fora da União Europeia podem partir de todas as organizações internacionais possíveis.

Assim, para mencionar duas influências diretas, um acordo de 1962, gestado no seio do Conselho em Estrasburgo, tornou mais rigorosa a responsabilidade civil do estalajadeiro [*Gastwirtschaftung*] (§§ 701-702 do BGB) e a convenção sobre a forma testamentária de 1961, negociada na Conferência sobre Direito Internacional Privado em Haia, definiu o perfil do generoso § 26 EGBGB [*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch* = Lei de Introdução ao Código Civil]. Mas essas correções esporádicas pesam pouco em comparação com os impulsos mais indiretos, mais amplos, tais como partem já agora com toda nitidez da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, que foi assinada em 1980 depois de cinquenta anos de trabalhos preparatórios no âmbito de UNCITRAL e obteve êxito no mundo inteiro. Se no futuro próximo ou distante uma certa reação do BGB se tornasse atual, existiria, com efeito, a chance de reunir novamente duas áreas do direito hoje muito distantes: o direito dos contratos nacionais de compra e venda de mercadorias e o direito dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

Revisão abrangente do BGB, portanto? - Dificilmente. Uma pequena revisão? - Talvez. Pois o legislador em geral atualizou durante décadas o estritamente necessário, embora com atrasos demasiado frequentes, sem escrúpulos sistemáticos e fora do corpo do código; e o juiz manipulou as suas cláusulas gerais e atingiu, pela via da interpretação conforme a constituição, finalmente a interpretação conforme o direito europeu. Uma "revisão permanente", portanto, que contudo não pode satisfazer todos os desejos.

Por isso já se pensa há mais de quinze anos no Ministério da Justiça sobre uma revisão, não de todo o BGB mas do importante Livro Dois sobre o Direito das Obrigações. Estimulados por essa idéia, foram elaborados em andamento rapidíssimo 24 pareceres de professores e práticos²⁷. Em fevereiro de 1984 foi criada uma "Comissão

para a Atualização do Direito das Obrigações", composta por 16 membros²⁸. Depois de quase oito anos de trabalho, ela apresentou em novembro de 1991, o seu relatório conclusivo²⁹. Limitar-me-ei a três observações a seu respeito.

Em primeiro lugar, não devemos tomar ao pé da letra o termo no título "Direito das Obrigações". Na realidade, as propostas se restringem a três áreas:

- ao caos notório dos prazos de prescrição,
- ao direito geral das más execuções de prestações [*Leistungsstörungen*] e
- ao direito especial de garantias na compra e venda e na empreitada [*Werkvertrag*].

Em segundo lugar, no que diz respeito aos últimos dois itens, as propostas orientam-se bem de acordo com o modelo do direito unitário de compra e venda da ONU, simplificando assim as duas regulamentações: as especiais, relativas à compra e venda, e as gerais, relativas ao contrato de obrigações [*Schuldvertrag*]. Isso significa por um lado, que as três figuras tradicionais da má execução [*Leistungsstörung*] (impossibilidade, mora e violação positiva do contrato [*positive Vertragsverletzung*]) devem ser reunidas numa só categoria denominada "violação dos deveres", [*Pflichtverletzung*]. Isso significa, outrossim, que não deverá mais existir um direito especial de garantias na compra e na empreitada. No seu lugar deverá existir a favor do comprador uma pretensão de sucessivo adimplemento [*Nacherfüllungsanspruch*] e a favor do vendedor um direito à "segunda entrega" [*zweite Andienung*], a compra aproxima-se assim da empreitada. Terceira e última observação: não importa quão sedutoramente simples essas propostas pareçam ser - a idéia jurídica [*juristischer Einfall*] necessita ainda da implementação política! Mas qual o político, qual o governo, aos quais novas normas do Direito das Obrigações pudessem trazer os votos de novos eleitores? Vejamos o problema em termos matemáticos: no ano 1800 uma comissão de quatro membros apresentou, depois de quatro meses de trabalho, o projeto do *Code Napoléon* inteiro, que entrou em vigor quatro anos mais tarde. Aqui

uma comissão de dezesseis membros apresentou o seu miniprojeto depois de oito anos de trabalho. Pergunta-se: quando ele entrará em vigor?

Portanto, devemos munir-nos de paciência e satisfazer-nos, na ocorrência do caso, com êxitos graduais, assim por exemplo com uma nova regulamentação dos prazos de prescrição por enquanto.

Depois de tudo isso, praticamente não se pode esperar uma revisão maior do BGB³⁰, muito menos ainda a "despedida do BGB", com a qual se acena aqui e ali³¹. Mas podemos encarar também com a mesma simpatia e serenidade a concorrência de um "Código Europeu de Direito Privado", já exigido há três anos pelo Parlamento Europeu³² ou a concorrência de um *codice europeo dei contratti*, correspondente ao *Libro Quarto do Codice Civile*³³. Podemos colaborar, cheios de esperança, com essas iniciativas. Embora o jurista nunca deva fazer as vezes do profeta, é previsível que o BGB, que está perto de festejar o seu centésimo aniversário - como ancião ou adolescente -, haverá de passar o ano 2000 em boa forma e sobreviver sem dificuldades a todos nós!

Podemos esperar com curiosidade o ano 2016, para saber em que pé estará então o Código Civil brasileiro...

Notas

¹ Pontes de Miranda. "Introdução" à tradução alemã do Código Civil brasileiro. in: Heinsheimer, Karl. *Die Zivilgesetze der Gegenwart* [Os códigos civis da atualidade], vol. III: Brasil. Mannheim; Berlim; Leipzig, 1928, p. XXXVIII.

² V. Couto e Silva, Almiro do. Discurso proferido a 10 de agosto de 1992, na solenidade de abertura da Semana do Advogado, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Sul, denominada Semana do Advogado Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, bem como: Martins-Costa, Judith e Fradera, Vera Maria Jacob de, in: *Revue Internationale de Droit Comparé* 1993, 175-177.

³ Diário do Congresso Nacional de 17 de maio de 1984, Suplemento ao nº 047.

⁴ Cf. apenas Fritzsche, Ingo. *Aspekte deutsch-deutscher Rechtsangleichung auf dem Gebiet des Zivilrechts* [Aspectos da harmonização do direito alemão ocidental com o

direito alemão oriental na área do Direito Civil]. in: *Kritische Justiz (Baden-Baden)*, 23 (1990), 162-170.

⁵ Cf. Sturm, Fritz. *L'impact du Traité d'unification sur le droit privé de l'Allemagne unie*. in: *Journal du droit international (Clunet)* 1991, 7-26. Esse autor menciona também como a idéia de uma reintrodução apenas fragmentária do BGB na Alemanha Oriental (limitada, por exemplo, aos primeiros três livros, para salvar o próprio direito de família, o direito sucessório, o direito relativo ao estado civil e o direito processual civil) estava condenada à falência em breve; temia-se, com sobras de razão, a "colcha de retalhos" [*patchwork*] (pp. 12-13). Foram excetuados por fim apenas os §§ 616 II, III, 622 (contrato de trabalho) e 1706-1710 (direito à guarda com relação aos filhos ilegítimos).

⁶ Cf. apenas Bydliniski, Franz et. al. (edd.), *Renaissance der Idee der Kodifikation* [O renascimento da idéia da codificação]. Viena; Böhlau, 1991, com contribuições de van Dijk, Hondius, Hartkamp e Vranken. Os três últimos trabalhos também foram publicados no *Archiv für die zivilistische Praxis* 191 (1991), 377-432.

⁷ Mesmo um comparatista tão versado como Raymond Saleilles não dispensa nenhuma relação a esses artigos na sua *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, conforme anota Pedamon, Michel em *Le droit allemand*. Paris: PUF (*Que sais-je?* nº 2206), 1985, p. 40.

⁸ Gernhuber, Joachim. § 242 BGB - *Funktionen und Tatbestände* [O artigo 242 do BGB - Funções e requisitos de uma ação cível]. in: *Juristische Schulung* 1983, 764-769, 764 col. dir.

⁹ RG III, 28.1.1943, in: *Deutsches Recht* (Berlin) 1943, 610 nº 2. Cf. muitos exemplos documentados em Rütters, Bernd. *Die unbegrenzte Auslegung - Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* [A interpretação ilimitada - Sobre a mudança do ordenamento do Direito Privado sob o nacional - socialismo]. Heidelberg, 1988, § 17, pp. 216-270. Cf. ainda Schlechtriem, Peter. *Grundgesetz und Vertragsordnung*, in: 40 Jahre Grundgesetz [40 anos de Lei Fundamental]. Heidelberg 1990, pp. 39-58, 50.

¹⁰ von Gierke, Otto. *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* [A tarefa social do Direito Privado]. Berlim, 1889. Reimpressão em Frankfurt, 1943, pp. 12 s.

¹¹ Cf. Will, Michael R. *Quellen erhöhter Gefahr* [Fontes de risco mais elevado]. Munique, 1980, 360 p.

¹² Aqui se trataria das únicas irrupções fundamentais na estrutura da nossa codificação do Direito Privado: eis o juízo de Wieacker, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* [História do Direito Privado na Idade Moderna]. 2ª ed. Göttingen, 1967, p. 524. [Nota do revisor: Há tradução portuguesa, intitulada *História do direito privado moderno*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. Trad. A. M. Botelho Hespanha]. Que isso tenha sido causado mais pela mudança social do que pela constituição (cujo § 3 II seria mais influente do que o § 6), é a opinião de Rainer Frank, exposta num iluminador estudo: *Die familienrechtliche Ordnung des Grundgesetzes* [O ordenamento do Direito Familiar na

Lei Fundamental], in: 40 Jahre Grundgesetz [40 anos de Lei Fundamental]. Heidelberg, 1990, pp. 113-136.

¹³ Trata-se da assim chamada "decisão de apelo" [*Appell-Entscheidung*], como por exemplo *BVerfG* [Bundesverfassungsgericht] = Corte Constitucional Federal] 29.1.1969, *BVerfGE* [Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts] = Coletânea das decisões da Corte Constitucional Federal] 25, 167 = *Njw* [Neue Juristische Wochenschrift] 1969, 597; cf. Schulte. *Deutsches Verwaltungsblatt* 1988, 1200.

¹⁴ Por exemplo (em ordem cronológica): - §§ 1628, 1629 I (direito à guarda), *BGBI*. [*Bundesgesetzblatt* = Gazeta das leis federais: doravante sempre citado pela sigla. O tradutor] 1959 I 633 = *BVerfGE* 10,59 = *Njw* 1959, 1483; - § 1758 a I, II (Direito de Adoção), *BGBI*. 1966 I 65; *BVerfGE* 19,177 - *Njw* 1966,340; - § 1671 IV 1 (direito à guarda após o divórcio), *BGBI*. 1982 I 1596 - *BVerfGE* 61,358 - *Njw* 1983, 101; - § 1587 b III 1 hs. 1 (ajuste das expectativas de pensões entre cônjuges), *BGBI*. 1983 I 375 - *BVerfGE* 63,88 = *Njw* 1983, 1417; - § 1376 IV (avaliação na compensação dos aqüestros), *BGBI*. 1985 I 99 = *BVerfGE* 67,348 - *Njw* 1985, 1329; - § 1934 o (direito sucessório dos filhos ilegítimos), *BGBI*. 1987 I 757 = *BVerfGE* 74,33 = *Njw* 1987, 1007; - §§ 1593, 1598, 1596 I (contestação da legitimidade por maiores), *BGBI*. 1989 I 253 = *BVerfGE* 79,256 = *Njw* 1989,891; - § 622 (prazo de aviso prévio a operários), *BGBI*. 1990 I 1727 = *BVerfGE* 82,126 = *Njw* 1990, 2246; - § 1355 II 2 (nome de casal), *BGBI*. 1991 I 807 = *BVerfGE* 84,9 = *Njw* 1991, 1602.

¹⁵ Por exemplo: § 1632 IV (restituição da criança para fins de mudança da família de criação), *BVerfGE* 75, 201 = *Njw* 1988,125, aperfecido em *BVerfGE* 79,51 = *Njw* 1989,519.

¹⁶ *BVerfG* 1, 14.2.1973, *BVerfGE* 34,269 (288-289) = *Njw* 1973, 1221 col. dir).

¹⁷ Cf. a respeito Will, Michael R. *Geburt eines Menschenrechts* [O nascimento de um direito humano], in: *Ge-dächtnisschrift* Constantinesco. Colônia, 1983, pp. 911-941; Patti/Will. *Mutamento si sesso e tutela della persona*. Pádua, 1986; Vecchi, Paolo M. *Der Transsexualismus im deutschen und italienischen Zivilrecht* [A transsexualidade no Direito Civil alemão e italiano]. Frankfurt/Main, 1991.

¹⁸ Cf. Lutter, Marcus. *Europäisches Unternehmensrecht* [Direito empresarial europeu]. 3ª ed. Berlim, 1991, 657 p., e *Das Gesellschaftsrecht auf dem Wege nach Europa* [o direito societário a caminho da Europa] (Simpósio de 24 a 25 de janeiro de 1992), in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 1992, 265-453. Uma vez, em 1965, o § 1841 II 1 *BGB* foi modificado.

¹⁹ Cf. genericamente Ulmer, Peter. *Von deutschen zum europäischen Privatrecht?* [Do Direito Privado alemão ao Direito Privado europeu?], in: *Juristen-Zeitung* 1992, 1-8; Remien, Oliver. *Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts* [Ilusão e realidade de um Direito Privado europeu]. in: *Juristen-Zeitung* 1992, 277-284.

²⁰ O § 613 do *BGB* remonta a uma outra diretiva, a saber à diretiva 77/187 sobre a transferência da empresa.

²¹ Corte das Comunidades Europeias, 10.4.1984. Caso nº 14/83, Col. 1984,1891 (Colson e Kamann) e - cinco anos mais tarde - Tribunal Federal do Trabalho, 14.3.1989, *Njw* 1990, 65 = *JZ* 1990, 43 (artigo de resenha Beyer/Möllers 24-30). Cf. a propósito também Hommelhoff, Peter, *Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung* [Direito Civil sob a influência da harmonização do direito na Europa]. in: *Archiv für die zivilistische Praxis* 192 (1992), 71-107, especialmente 95-98.

²² Maiores detalhes em Everling, Ulrich. *Zur Auslegung des durch die EG-Richtlinien angelegenen nationalen Rechts* [Para a interpretação do direito nacional adaptado através de diretivas da CE], in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 1992, 376-385.

²³ Assim também Hauschka, Christoph E. *Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft* [Problemas fundamentais do desenvolvimento do Direito Privado pela Comunidade Econômica Européia]. In: *Juristen-Zeitung* 1990, 521-532 (528).

²⁴ Diretiva 90/314 de 13.6.1990, J.O. 1990 nº L 158/59 (viagens organizadas) e diretiva 93/13 de 5.4.1993, J.O. 1993 nº L 95/29 (cláusulas abusivas), cf. para tal Hommelhoff (supra nota 21) 82-86, 90-94. No direito relativo às viagens surge agora novamente a ameaça da *decodificazione*, cf. Tonner in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 1990, 409 e, muito mais diferenciado, Hommelhoff 85-86; no Direito das Condições Gerais dos Contratos ela provavelmente nos será conservada, cf. a publicação mais recente de Weil/Plus, *Le droit allemand des conditions générales d'affaires revu...*, in: *Revue internationale de droit comparé* 1994, 125-140.

²⁵ Abstraindo de uma modificação mínima de *BGB*, § 609 a.

²⁶ Marburger, Peter. *Grundsatzfragen des Haftungsrechts unter dem Einfluss der gesetzlichen Regelungen zur Produzenten- und zur Umwelthaftung* [Questões fundamentais do direito de responsabilidade sob a influência das regulamentações legais da responsabilidade do produtor e pelo impacto ambiental], in: *Archiv die zivilistische Praxis* 192 (1992) 1-34, 14-16.

²⁷ Ministro da Justiça (ed.). *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts* [Pareceres e Propostas de Atualização do Direito das Obrigações]. Bonn. vols. I e II (1981), vol. III (1983), discutidos extensamente in: *Archiv für die zivilistische Praxis* 182 (1982) 80-125 e 183 (1983) 327-607.

²⁸ Cf. Will, Michael R. *Die alternde Schuldrechtsreform* [A revisão do Direito das Obrigações em vias de envelhecimento], in: *Kwartaalbericht Nieuw BW* (Deventer: Kluwer) 1987, 112-115.

²⁹ Ministro da Justiça (ed.). *Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts* [Relatório conclusivo da Comissão para a atualização do Direito das Obrigações]. Bonn. 1992, 306 p.

³⁰ É interessante notar que a tese, segundo a qual para as decisões necessárias sobre "questões fundamentais de política do Direito das Obrigações" o "consenso de política social e econômica" parece ser de momento "demasiado reduzido", foi abandonada diante da história alemã mais recente (reunificação alemã, unidade crescente da Europa). Cf. Fikentscher, Wolfgang. *Schuldrecht* [Direito das Obrigações]. 7ª ed. Berlim; Nova Iorque, 1985 (116 VI 2) e 8ª ed. 1991 (116 VII 1).

³¹ Assim Wolf, Ernsr. Kein Abschied von *BGB* [Nada de despedida do *BGB*], in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1982, 1-6 bem como 1983, 241-249: contra ele Westermann, Harm Peter. *Verabschiedung oder Überarbeitung des BGB*. [Despedida ou revisão do *BGB*?], in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1983, 249-258.

³² Resolução de 26.5.1989, J.O. 1989 n-c 158/400 = *Rebels Zeitschrift* 56 (1992) 320-321. Cf. já Tilmann in: *Festschrift* em homenagem a Oppenhoff (1985) 495 e *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1992, 28; Müller-Graff in: *Müller-Graff/Zulleg* (edd). *Staat und Wirtschaft in der EG* (Estado e economia na CE) (1987), pp. 40 seg., Jayme/kohler in: *IPRax* (Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts) 1991, 361, 363; Ulmer (v. nota 15 supra) 5; Remien (v. nota 15 supra) 280-281.

³³ V. Gandolfi, Giuseppe. *Per un codice europeo dei contratti*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 45 (1991) 781-813 e Ruffini Gandolfi, Maria Letizia. *Una codificazione europea sui contratti: prospettive e problemi*. In: *Rivista di Diritto Commerciale* 89 (1991) 659-688; Brancattio, *Giustizia, civile* 41 (1991) 371-377; Cordini in: *Revue Internationale de Droit Comparé* 1991, 894-897.

* Nota do revisor: a palavra alemã *Verwirkung* tem recebido diferenciadas traduções para as línguas latinas. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul o termo comumente empregado é "preclusão", certamente por influência do prof. Clóvis do Couto e Silva, que pioneiramente entre nós tratou do princípio da boa fé (Cf. O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português, in: Estudos de direito civil brasileiro e português, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, pp. 43-72, especialmente as pp. 56 e 57). Já Antônio Manoel da Rocha e Menezes Cordeiro, na sua famosa tese "Da boa-fé no direito civil" (Coimbra: Almedina, 1984), sugere para a tradução de *Verwirkung* a palavra latina *SUPPRESSIO*, entendendo que esta palavra seria mais precisa, eis que livre de significações jurídicas paralelas (Cf. pp. 797 e 798).

A interpretação econômica da lei tributária e o fato gerador do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira

Carlos Klein Zanini

Graduado pela Faculdade de Direito da UFRGS

Mestrando em Direito Comercial pela Faculdade do Largo São Francisco - USP

SUMÁRIO

I. O fato gerador do IPMF - análise do art. 2º da Lei Complementar nº 77/93; II. A interpretação da Lei Tributária com base no critério econômico; III. A utilização do critério econômico pelo art. 2º, inciso V, da L.C. nº 77/93 e o direito brasileiro; IV. Da inadequação da interpretação à luz do critério econômico ao direito brasileiro. Do Princípio Constitucional da Legalidade Tributária; V. Conclusões.

A motivação para escrever este artigo surgiu a partir de leituras de obras que versam sobre o complexo tema da interpretação da lei tributária. Foi assim, justamente, a partir da reflexão sobre o conteúdo destes textos - e, muito especialmente, do excelente prefácio do Prof. Brandão Machado à monografia de Wilhelm Hartz: *Interpretação da Lei Tributária* - que nos ocorreu a idéia de esboçar este singelo estudo, onde procuramos aplicar esses conhecimentos teóricos apreendidos na análise de um caso prático, a qual submetemos, agora, à opinião dos doutos.

I. O fato gerador do I.P.M.F. - análise do art. 2º da Lei Complementar nº 77/93.

Após sucessivas publicações e republicações, logrou êxito o Governo Federal na instituição do I.P.M.F. no ordenamento jurídico-tributário pátrio. Tem-se, portanto, mais um imposto a figurar no já tão extenso rol de imposições fiscais a onerar os brasileiros. Não é, contudo, escopo deste artigo, voltar críticas à condução da Política Fiscal da União, tampouco a esta modalidade de imposto.¹ Pelo contrário. Nossa intenção ao elaborá-lo cinge-se, unicamente, à análise das questões jurídicas trazidas à reflexão com a instituição dessa nova exação

fiscal, mais precisamente acerca do conteúdo do inciso V desse dispositivo.

Assim, para que possamos adentrar sem delongas na matéria que nos propusemos versar, impende desde já transcrevê-lo, em conjunto com os demais incisos que estabelecem os fatos geradores² do I.P.M.F. :

Art. 2º - O Fato gerador do imposto é:

I) lançamento a débito, por instituição financeira, em contas correntes de depósito, em conta corrente de empréstimo, em contas de depósito de poupança, de Depósito Especial Remunerado e de depósito judicial, junto a ela mantidas;

II) liquidação ou pagamento, por instituições financeiras, de quaisquer créditos, direitos ou valores, por conta e ordem de terceiros, que não tenham sido creditados, em nome do beneficiário, nas contas referidas no inciso anterior;

III) o lançamento e qualquer outra forma de movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira não relacionados nos incisos anteriores efetuados pelos bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e caixas econômicas;

IV) liquidação de operações contratadas nos mercados organizados de liquidação futura;

V) qualquer outra movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira que, por sua finalidade, reunindo características que permitam presumir a existência de sistema organizado para efetivá-la, produza os mesmos efeitos previstos nos incisos anteriores, independentemente da pessoa que a efetue, da denominação que possa ter e da forma jurídica ou dos instrumentos utilizados para realizá-la.

Da redação desse artigo, transparece, com clareza, a intenção do legislador ao nele inserir o texto contido em seu inciso quinto. Pretendeu, através desse dispositivo, obstar a elisão fiscal, impedindo os cidadãos de escapar à incidência do imposto pela utilização de outras operações que não as descritas nos incisos anteriores.

Cabe, no entanto, ante a amplitude, abrangência e imprecisão deste inciso quinto, levantar a seguinte questão: não conteria esse inciso orientação no sentido da interpretação fundada em critério econômico? Seria tal dispositivo compatível com o princípio da estrita legalidade, informador do sistema tributário nacional? É, portanto, em torno dessas indagações que desenvolveremos nossa dissertação.

II. A interpretação da Lei Tributária com base no critério econômico

A utilização do critério econômico na interpretação da lei tributária é fenômeno relativamente recente no campo do direito, tendo surgido na Alemanha, sob inspiração de Enno Becker - insigne integrante do Superior Tribunal Administrativo. A gênese deste verdadeiro novo método de interpretação das leis tributárias deu-se, como sucede com todas as criações do direito, a partir de uma demanda histórica, ou seja, de uma adaptação do direito aos reclamos da vida em sociedade.

Assim, quando Becker foi encarregado, em 1919, da elaboração de um Código Tributário Alemão, partiu da observação de que o Estado necessitava, àquela época, mais do que nunca - após o término da 1ª. Guerra Mundial -, de normas tributárias que

garantissem de forma austera o ingresso das divisas necessárias à recuperação da Nação. Observara também que os contribuintes, habilmente, evitavam a incidência das leis fiscais, elegendo para celebração de seus negócios formas de direito privado diversas daquelas descritas, abstratamente, na hipótese de incidência dos comandos impositivos³.

Dessa forma, a partir dessa constatação, e da placitação serena que os tribunais alemães emprestavam às manobras (lícitas) dos contribuintes, tendentes a economizar impostos, Becker viu-se compelido a inserir na lei - que estava incumbido de formular - um preceito que, expressamente, recomendasse ao intérprete e aplicador da lei não só a observância dos elementos jurídicos constantes da norma, mas, além disto, que atentasse à real intenção e aos efeitos - em termos econômicos - pretendidos pelas partes⁴.

Percebe-se, nesse ponto, a compulsória filiação de Becker à corrente doutrinária dos subjetivistas, porquanto era-lhe indispensável - a fim de viabilizar a adoção do critério econômico na interpretação das leis - que defendesse, acima de tudo, a verdadeira intenção do legislador⁵. Foi, destarte, com base no método teleológico de interpretação que Becker desenvolveu os dois preceitos basilares do Código de 1919, e que, por permitirem ao leitor uma visualização mais nítida de suas concepções, merecem ser transcritos: "Parágrafo 4: Na interpretação das leis tributárias, devem ser considerados a sua finalidade, o seu significado econômico e o desenvolvimento das circunstâncias. Parágrafo 5: A obrigação tributária não pode ser elidida⁶ ou reduzida mediante o emprego abusivo de forma e formulações de direito civil. (...)".

Evidentemente, não é nosso propósito e nem caberia aqui discorrer sobre as críticas que foram formuladas à teoria do critério econômico, tal qual positivada no direito alemão por Enno Becker. Nossa preocupação, neste breve estudo, reside em demonstrar não as vicissitudes que estão a macular este método interpretativo, mas sim seus contornos gerais, de forma que se possa

deixar clara sua absoluta inaplicabilidade no sistema do direito tributário brasileiro.

Tais considerações fazem-se sobremaneira importantes à luz do disposto no inciso V, do artigo 2º da L.C. 77/93, dantes referido, que, a toda evidência, pretende inserir em nosso ordenamento o critério econômico de valoração dos fatos, para fazer incidir a lei tributária.

Vejamos, por conseguinte, no que consiste este critério econômico, para que possamos, a seguir, demonstrar o intuito desse dispositivo da Lei Complementar 77/93, e quais os princípios constitucionais pátrios que repudiam sua aplicação em nosso sistema jurídico.

Pois bem, doutrina Wilhelm Hartz, em sua obra *Interpretação da Lei Tributária*, que o critério econômico pode ser utilizado como princípio de valoração, ou seja, na "apreciação de um acontecimento concreto, real, relativamente às suas conseqüências tributárias"⁷. Dessa forma, cumpriria ao aplicador da norma tributária atentar não só à estrita hipótese de incidência nela contida, mas, principalmente, aos fins colimados pelo legislador ao instituí-la, alcançando, por conseguinte, outros fatos de mesmo significado econômico, porém não previstos expressamente em sua prótese. É, em linhas gerais, o que dispõe ainda hoje o Código Tributário Alemão de 1977: Parágrafo 42: A lei tributária não pode ser fraudada através do abuso de formas jurídicas. Sempre que ocorrer abuso, a pretensão do imposto surgirá, como se para os fenômenos econômicos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada".

Depreende-se, desse dispositivo, que a utilização do critério econômico autoriza o aplicador da lei tributária a flexibilizá-la, ampliando sua área de atuação para além daqueles fatos descritos na hipótese de incidência da norma, e que, uma vez ocorridos em concreto, ensejam, automaticamente, sua incidência. Vê-se, portanto, que consoante o critério econômico, importante é compreender os fatos em sua acepção econômica, ou seja, preferindo os verdadeiros efeitos visados pelas partes à adoção desta

ou daquela forma jurídica. É o que preleciona W. Hartz: "Casos com o mesmo apoio econômico recebem o mesmo tratamento tributário. O que pode ser decisivo para a tributação não é o que está no papel, pois o que está escrito com frequência no papel tem objetivo apenas fiscal, mas é, sim, o que as partes efetivamente quiseram e realizaram"⁸.

A propósito, encontramos na monografia do Prof. Sampaio Dória, *Elisão e Evasão Fiscal*, exemplificação que bem ilustra a forma pela qual se aplica o critério econômico. Refere o autor, ao comentar o direito tributário alemão, que nele havia um imposto sobre a venda e que certo contribuinte, pretendendo vender seu automóvel em parcelas, celebrou contrato de locação do veículo, evitando, assim, a incidência da imposição⁹. Ora, tal simulação revela, de modo saliente, a total incompatibilidade entre a intenção do contribuinte - denominada de *intentio facti* - e a correspondente *intentio juris*, pela eleição de uma forma jurídica completamente atípica e desvinculada dos fins pretendidos pelas partes. Nesta hipótese, se aplicado o critério econômico, esta "locação" seria considerada - para fins de incidência - como autêntica compra e venda, muito embora não adotada a forma jurídica típica à esta modalidade comercial (contrato de compra e venda), e, que, normalmente, acarretaria a incidência do imposto sobre vendas.

Resta, assim, evidenciado que a aplicação do critério econômico dá-se, justamente, sobre fatos que, *a priori*, não seriam capazes de determinar a incidência da norma impositiva, porque não se encontrariam previstos na sua hipótese de incidência. A utilização desse critério teria como objetivo trazer para o âmbito de abrangência do comando normativo todos aqueles fatos que, normalmente, dele escapariam. Em assim sendo, verifica-se que a sua utilização resulta numa maximização da efetividade da norma jurídica, dotando-a de uma maleabilidade incommum, que jamais poderia ser atingida pela descrição precisa, na hipótese legal, de fatos aptos a determinarem sua incidência. A área de atuação deste método interpretativo en-

contra-se, portanto, traçada fora do círculo de fatos previstos abstratamente pela norma, pois estes a ela já se subsumem, naturalmente, pelo fenômeno jurídico da incidência.

III. A utilização do critério econômico pelo art. 2º, inciso V, da L.C. 77/93 e o direito brasileiro

Após termos exposto, sinteticamente, como se dá a utilização do critério econômico no direito alemão e no que esse consiste, podemos agora voltar a atenção sobre o dispositivo acima mencionado, examinando a possibilidade de sua inserção no direito pátrio. Não restam dúvidas de que a *mens legislatoris*, ao incluir esse último inciso dentre os que estabelecem o fato gerador do I.P.M.F., não foi outra senão a de impossibilitar a elisão fiscal de recursos movimentados pelos contribuintes fora das previsões legais precedentes. Dessa forma, sabendo o legislador ser impossível prever todas as modalidades de transferência e movimentação de divisas, aproveitou, da doutrina alemã, o critério econômico, insculpindo-o aqui com a nítida intenção de combater a engenhosidade dos contribuintes em escapar à imposição tributária¹⁰. O desiderato do legislador pode ser também apreendido a partir da análise dos termos em que se encontra vazado este dispositivo, que revela, de forma cristalina, a presença do critério econômico como elemento de valoração das movimentações e transmissões realizadas pelos contribuintes, não subsumíveis às hipóteses previstas nos demais incisos. Assim, ressaí a preocupação teleológica do legislador, eis que esse se preocupa mais com os fins visados pelo contribuinte - transferência de riqueza - do que com a forma jurídica por ele adotada para operacionalizá-la.

Para que se vislumbre com clareza a presença do critério econômico neste inciso basta compará-lo com o Parágrafo 42 do Código Tributário Alemão, que dispõe: "A lei tributária não pode ser fraudada através do abuso de formas jurídicas. Sempre que ocorrer abuso, a pretensão do imposto sur-

girá, como se para os fenômenos econômicos tivesse sido adotada a forma jurídica adequada (i)".

Com efeito, percebe-se dos termos deste dispositivo que a sua *ratio* consiste em fazer incidir a norma tributária, cuja incidência foi evitada pelos contribuintes, mediante a eleição de forma diversa daquela prevista abstratamente no seu aspecto material. Ora, se compararmos esse dispositivo do Código Alemão com o inciso V, do art. 2º da Lei instituidora do I.P.M.F., veremos a sua similitude. Assim é que também esse dispositivo da lei brasileira se preocupa com os efeitos econômicos desejados pelos contribuintes - no caso, transferência de recursos - independentemente da forma por eles eleita para atingir essa finalidade.

O texto desse preceito é de *per se* suficientemente esclarecedor: "art. 2º (...) - inciso V - qualquer outra movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira que, *por sua finalidade*, reunindo características que permitam presumir a existência de sistema organizado para efetivá-la, produza os mesmos efeitos previstos nos incisos anteriores, independentemente da pessoa que a efetue, da denominação que possa ter e *da forma jurídica ou dos instrumentos utilizados para realizá-la* (ii).

As locuções grifadas demonstram, de forma incontestada, a semelhança dos dispositivos. Ambas (i) (ii) desprezam a forma jurídica eleita pelas partes, buscando, no efeito econômico desejado, a fundamentação para tornar devido o tributo¹¹.

Todavia, como trataremos de expor a seguir, o critério econômico - tal qual positivado no inciso comentado - apresenta-se absolutamente incompatível com os princípios que integram e moldam o sistema tributário brasileiro.

IV. Da inadequação da interpretação à luz do critério econômico ao direito brasileiro. Do Princípio Constitucional da Legalidade Tributária.

Nunca é demais lembrar que o princípio da legalidade tributária, construído, histori-

camente, a partir da reação do povo oprimido contra a voracidade fiscal dos governantes, caracteriza-se por ser um dos mais importantes princípios inspiradores dos sistemas constitucionais tributários construídos sob o império do Estado de Direito¹². Em nossa Constituição vigente isso não se dá diferentemente. Dedicamos dois artigos ao princípio da legalidade. O primeiro deles, de caráter geral, situado no Capítulo que trata dos Direitos e Garantias Individuais - art. 5º, inciso II; e, o segundo, no âmbito do direito tributário, inscrito no inciso I do art. 150, que estabelece as Limitações do Poder de Tributar¹³. Tem-se, por conseguinte, diante do conteúdo desses artigos, que a exigência de quaisquer tributos, no ordenamento jurídico brasileiro, somente será validada caso seja percorrido o estrito caminho legal que a Carta prescreve para a imposição fiscal. Aliás, de outra forma não poderia ser, pois o atendimento ao cânon da legalidade representa a mais cara garantia dos contribuintes frente à atuação estatal, afastando-os do arbítrio¹⁴.

Cabe agora indagar acerca do que representa, no contexto do sistema impositivo nacional, o princípio da legalidade tributária. Nesse particular, parece-nos importante ressaltar que o legislador constituinte pátrio, ao "constitucionalizar" o princípio da legalidade tributária, condicionou, expressamente, a instituição de qualquer tributo à utilização do instrumental jurídico próprio: a lei. Assim, somente por via legislativa podem os contribuintes ser coactados ao pagamento de determinada exação fiscal. Não há outra forma válida e apta a determinar a transferência dos recursos privados para o Estado que não seja através da lei. Somente a lei tem o condão de sujeitar alguém ao recolhimento de um tributo¹⁵.

Contudo, para que se institua, efetivamente, determinado tributo, não basta que o diploma legal enuncie seu *nomen iuris*¹⁶. É imprescindível que a lei estabeleça de modo claro e preciso todos os elementos que o definam, v.g., fato impositivo, hipótese de incidência, base de cálculo, alíquota e sujeitos passivos, tal qual estabelece o art.

146, inciso III, da C.F. 88. Nesse sentido ensina, com maestria, Roque Carrazza: "Para afugentarmos, desde já, possíveis dúvidas, é bom dizermos que criar um tributo é descrever abstratamente sua hipótese de incidência, seu sujeito ativo, seu sujeito passivo, sua base de cálculo e sua alíquota. Em suma: é editar, pormenorizadamente, a norma jurídica tributária. Essa norma, por injunção ao princípio da legalidade, repitamos, há que ser sempre veiculada por meio de lei ordinária. Portanto, as exigências do princípio da legalidade tributária são cumpridas quando a lei delimita, concreta e exaustivamente, o fato tributável¹⁷. Se bem observado o teor das lições de Carrazza, podemos, já a partir de agora, demonstrar, de forma serena, o porquê da inadaptação do inciso V do art. 2º da Lei Complementar 77/93 ao nosso sistema jurídico tributário, e, em especial, ao princípio da legalidade tributária.

É que esse princípio postula, fundamentalmente, que todos os elementos essenciais do tributo devam estar previstos, detalhadamente, na lei. Como lembra Alberto Xavier ao enaltecer a reserva absoluta de lei formal: "deve o Fisco limitar-se a subsumir o fato à norma, sem qualquer tipo de valoração¹⁸. Do que, aliás, não destoa Pontes de Miranda, ao sustentar que o Direito Tributário possui método próprio de interpretação: "O método de fontes e de interpretação das leis tributárias não é precisamente o método de fontes e interpretação das leis comuns; e a fonte é uma só: a lei. ... Não se pode, por meio da analogia, ou de argumentos lógicos, estender o que se editou nas leis. O entendimento é rígido e estrito¹⁹. A lei tributária limita direitos, impõe deveres. Por outro lado, é da natureza das leis tributárias a precisão, pela taxatividade e pelos elementos matemáticos de que se tem de lançar mão para atingir o patrimônio das pessoas que são sujeitas às regras jurídicas tributárias²⁰.

Ora, a imprecisão do comando contido no atacado dispositivo legal é por demais evidente. Consoante já exposto acima, tal preceito objetivou estender - valendo-se do

critério econômico - a incidência do I.P.M.F. a todas as operações não abrangidas pelas hipóteses de incidência constantes da lei. Ou seja, pretendeu instituir um imposto com hipótese de incidência flexível, que poderia ser ampliada com base nas finalidades econômicas de certa operação. Trata-se, em resumo, de verdadeira cláusula geral de tributo, porquanto não discrime, precisamente, o aspecto material determinante de sua incidência²¹.

Em assim sendo, resulta impossível conciliar esse dispositivo com a tipicidade estrita exigida pelo princípio constitucional da legalidade. Dessa incompatibilidade vertical do inciso quinto com o princípio constitucional da legalidade²² - que lhe é hierarquicamente superior - resulta, inexoravelmente, sua absoluta inconstitucionalidade.

A título de complementação, para que reste bem demonstrada a inadaptação da interpretação com fulcro no critério econômico (tal qual prevista no dispositivo comentado) ao princípio da legalidade - e, portanto, ao nosso sistema constitucional tributário, convém colacionar os ensinamentos de Hensel: "o critério econômico, que o direito tributário alemão instituiu para combater a evasão fiscal e aumentar a receita dos impostos ... abre caminho para o arbítrio, com arranhões profundos *nos princípios da legalidade e segurança jurídica*²³.

Por último, não se diga que, por estar albergado em Lei Complementar (L.C. 77/93), poderia o critério econômico ser utilizado na definição dos fatos geradores do I.P.M.F., já que o art. 108 do C.T.N. - que veda a exigência de tributo com base na analogia - estaria situado em norma de mesmo plano hierárquico²⁴, logo, sujeita a regra de que a *lex posterior derogat priori*. Tal argumento seria aplicável unicamente ao art. 108 do C.T.N. considerado isoladamente. Contudo, o choque desse dispositivo (que propõe a utilização do critério econômico) dá-se não com o C.T.N., mas com a Constituição Federal de 1988, que alberga o princípio da legalidade tributária. A incompatibilidade desse indigitado dispositi-

vo decorre, portanto, de sua frontal ofensa à Lei Maior, depositária dos mais importantes direitos dos cidadãos, dentre os quais destaca-se o direito à segurança jurídica, que encontra amparo, justamente, no princípio da legalidade, e que, em obra clássica, fora exaltado, magnificamente, por Georges Ripert como sendo o "*désir que tout homme civilisé a dans le coeur*"²⁵.

V - Conclusões

1. O artigo 2º, inciso V, da Lei Complementar nº 77/93, ao eleger os fatos geradores do I.P.M.F., utiliza-se do critério econômico de interpretação e valoração dos fatos sujeitos à lei tributária, mediante emprego da analogia e observância da finalidade econômica visada pelo contribuinte em cada operação de movimentação ou transferência de recursos.

2. O critério econômico é admitido, expressamente, pelo direito alemão - onde se encontra positivado - e coaduna-se, estreitamente com a doutrina que sustenta a interpretação subjetiva das leis.

3. Esse método de interpretação das leis tributárias e valoração dos fatos é absolutamente incompatível com o artigo 108, parágrafo primeiro, do C.T.N., e bem assim com o princípio da legalidade tributária, constante do artigo 150, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

4. O princípio da legalidade tributária exige que a lei instituidora/reguladora do tributo, especifique, detalhadamente, com grande riqueza de detalhes, todos os elementos essenciais da norma jurídico-tributária.

5. O art. 2º, inciso V da Lei Complementar nº 77/93, ao flexibilizar o âmbito de incidência do I.P.M.F. (mediante a utilização do critério econômico), viola, frontalmente, o princípio da legalidade tributária, estando, portanto, maculado de vícios insanáveis de inconstitucionalidade material.

6. Destarte, carece de validade o indigitado dispositivo, devendo ser aceitos como determinadores do fato gerador do I.P.M.F. somente os demais incisos constantes do

art. 2º da Lei Complementar nº 77/93, que descrevam, de forma suficientemente precisa, os fatos imponíveis aptos a ensejar - quando ocorridos *in concreto* - sua subsunção à norma, independentemente de qualquer valoração.

Porto Alegre, março de 1994.

Notas

1 Oportuno aqui referir o caráter nefasto desta exação fiscal que, taxando todos os contribuintes à mesma alíquota, tributa-os sem atender ao princípio da capacidade contributiva, alcançando, não raras vezes, movimentações financeiras despidas de qualquer elemento signo-presuntivo de riqueza (a terminologia é de Alfredo A. Beker). Vale, pois, lembrar a crítica de Thomas Powell: "*clearly it would be undesirable if a state should have to tax everything to tax something*", *apud*. ANTONIO ROBERTO SAMPAIO DÓRIA, *Direito Constitucional Tributário e Due Process of Law*, ed. Forense, 1986, Rio de Janeiro, p.129.

2 Apesar da crítica, a nosso ver procedente, que se faz à expressão "fato gerador" - que designaria duas realidades distintas (GERALDO ATALIBA *in*: Hipótese de Incidência Tributária, pp. 48, nr. 18.4, ed. R.T., 1990), a empregamos aqui apenas para nos manter fiéis à terminologia constante do *caput* do art. 2º da L.C. 77/93.

3 É sempre ilustrativa a célebre frase de DUVERGER, segundo o qual "*Comme une anguille le contribuable glisse entre les mailles du filet législatif*".

4 Para maior riqueza de informações, consulte-se o excepcional Prefácio do Prof. BRANDÃO MACHADO ao livro de WILHELM HARTZ, o qual procuramos aqui sintetizar.

5 Dentre os eméritos integrantes dos subjetivistas podemos citar SAVIGNY, para quem *interpretar a lei significaria colocar-se em pensamento no ponto de vista do legislador e recapitular mentalmente a sua atividade*, e WINDSCHEID, segundo o qual a interpretação é a determinação do sentido que o legislador ligou às palavras por ele utilizadas, devendo o intérprete integrar-se o mais possível no espírito do legislador. *Apud*. ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, Lisboa, 6a. ed..

6 No original "eludida"

7 Wilhelm Hartz, *Interpretação da Lei Tributária*, ed. Resenha Tributária, 1993, São Paulo, p. 95

8 *op. cit.*, p.97

9 Elisão e evasão fiscal, ed. José Bushatsky, 1977, São Paulo, p. 111

10 Adotamos, como conceito de Elisão, a clássica formulação de SAMPAIO DÓRIA para o qual é "lícita a

evasão concretizada na conduta individual preventiva tendendo a, por processos sempre lícitos, afastar, reduzir ou retardar a ocorrência do próprio fato gerador". *in*: Elisão e evasão fiscal, ed. José Bushatsky, 1977, São Paulo, p. 38.

11 Os defensores do critério econômico sustentam que uma de suas vantagens reside no fato desse atentar à efetiva capacidade contributiva dos contribuintes, porquanto prende-se aos elementos econômicos da operação.

12 Já a Carta Magna de 1215, autêntico instrumento de limitação do poder do Estado - representado na figura de João Sem-Terra, impunha a observância do princípio da legalidade na instituição de impostos.

13 Preceituam referidos dispositivos, respectivamente: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". "Art. 150, inciso I - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, ... exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça".

14 A esse respeito, demonstrando a violência dirigida contra os particulares - ínsita a todo processo de tributação - escreve WILHELM HARTZ: "O direito tributário e o processo de tributação atingem fundo a esfera pessoal do cidadão. Não há, talvez, outro campo do direito em que o Estado enfrente todos os cidadãos tão amiúde e tão de perto como quem exige por força de um direito superior, impondo-lhes a consciência da sujeição". *op. cit.* p. 76.

15 Tal corolário encontra-se expresso no brocardo *nulum vectigal sine lege*.

16 Aliás, é cediço na doutrina que o *nomen iuris* pouco significa na caracterização da exação fiscal. Este o escólio de GERALDO ATALIBA: "o nome que o legislador atribui aos institutos jurídicos é inteiramente irrelevante. Havendo ou não rigor terminológico, os institutos jurídicos são aquilo que sua essência revela". E prossegue: "... o *nomen iuris* é um rótulo que o legislador arbitrariamente apõe aos institutos que cria e modela. Nesse sentido, pode-se dizer que ele é livre para dar qualquer nome aos institutos e pode inclusive - como freqüentemente acontece - equivocar-se, criando institutos a que atribui designações impróprias". GERALDO ATALIBA *in*: Hipótese de Incidência Tributária, p. 48, nr. 18.4, ed. R.T., 1990

17 *in*: Curso de direito constitucional tributário, ed. Revista dos Tribunais, 3a. ed., São Paulo, 1991, p. 155.

18 *apud*. ROQUE CARRAZZA. Curso de direito constitucional tributário, ed. Revista dos Tribunais, 3a. ed., São Paulo, 1991, p. 158.

19 Também neste sentido as lições de CARLOS MAXIMILIANO: "Pressupõe-se ter havido o maior cuidado ao redigir as disposições em que se estabelecem impostos ou taxas, designadas em linguagem clara e precisa, as pessoas e coisas alvejadas pelo tributo, bem determinados o modo, lugar e tempo do lançamento e da arrecadação, assim como quaisquer outras circunstâncias referentes à incidência e à cobrança. Trata-se de

norma de tal espécie como se fosse rigorosamente taxativa; deve, por isso abster-se o aplicador de lhes restringir ou dilatar o sentido. Muito se aproximam das penais, quanto à exegese, porque encerram prescrições de ordem pública, imperativas ou proibitivas, e afetam o livre exercício dos direitos patrimoniais. Não suportam o recurso à analogia, nem a interpretação extensiva; as suas disposições aplicam-se no sentido rigoroso, estrito". *in*: Hermenêutica e aplicação do direito, 11a. ed., ed. Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 332.

20 *in*: Comentários à Constituição de 1967, tomo II, página 382.

21 Oportuno aqui collocarmos os ensinamentos de ALBERTO XAVIER: "A tipicidade repele assim a tri-

butação baseada num conceito geral ou cláusula geral de tributo, ainda que referida à ideia de capacidade econômica ...". Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação, ed. R.T., São Paulo, 1978.

22 Para Kelsen, a incompatibilidade pode dar-se em dois planos: vertical ou horizontal, conforme essa se estabeleça ou não em níveis de hierarquia diversos.

23 *apud* Interpretação da Lei Tributária, ed. Resenha Tributária, 1993, p. 21.

24 É assente na doutrina que o C.T.N. vige hoje com eficácia de Lei Complementar, não obstante, formalmente, não o seja.

25 Le Déclin du Droit, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1949, Paris, p. 155.

Restrições à concessão de liminares

Palestra apresentada no II Encontro dos Juízes Federais - TRF - 4ª Região, em 08.05.93.

Teori Albino Zavascki

Juiz do TRF - 4ª Região, Professor de Processo Civil na UFRGS.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direitos e Deveres Constitucionais dos Litigantes; 3. Processo Cautelar: instrumento de harmonização dos direitos constitucionais dos litigantes; 4. Concessão de Liminares e suas Restrições Legislativas: condições de legitimidade; 5. Medida Liminar e Medida Cautelar; 6. Liminares Satisfativas; 7. Liminar e Fundamentação: demonstração da necessidade; 8. Liminar e Contra-cautela; 9. Liminar e Controle Difuso de Constitucionalidade; 10. Liminar em Ação Coletiva Para Defesa de Direitos Individuais Homogêneos; 11. Medidas Liminares Contra Atos do Poder Público; 12. Conclusão.

Abstract

An interim injunction may be awarded - without the usual previous notice to the opposing party - in order to ensure protection of any set of rights guaranteed by the Constitution, whenever imminent and substantial harm is likely to occur. It is, however, restricted to exceptional occasions and should not be granted under normal circumstances. It will only be considered legitimate ruling, when a strong prima facie case has been shown and careful consideration of the balance of convenience to the parties has been given, so that their constitutional rights do not suffer unnecessary restrictions.

1. Introdução

O tema proposto - restrições à concessão de liminares - enseja abordagem por dois distintos ângulos. O primeiro, enfocando a legitimidade constitucional da legislação ordinária que impõe estas restrições. E o segundo, olhando o tema sob o aspecto das restrições impostas pelo sistema jurídico ao juiz, para conceder tais medidas. À luz do primeiro enfoque, a questão que se põe é a seguinte: em que medida está o legislador autorizado, constitucionalmente, a criar restrições legais à concessão de medidas liminares pelo Poder Judiciário? Sob o outro ângulo, a pergunta a ser respondida é esta:

em que condições e em que limites está o Poder Judiciário autorizado a emitir providimentos liminares?

Para responder a estas indagações e assim dar contribuição ao estudo proposto, será indispensável tomar como base e como ponto de partida o exame das cláusulas constitucionais que fundamentam e, por isso mesmo, estabelecem os limites da função jurisdicional cautelar. Tais fundamentos e tais limites subordinam e orientam, tanto a atividade do legislador, quanto a do juiz.

2. Direitos e Deveres Constitucionais dos Litigantes

Ao tratar "dos direitos e deveres individuais e coletivos", o art. 5º da Constituição Federal dispôs também sobre direitos e deveres relacionados com a prestação jurisdicional. Três incisos interessam, de modo particular, ao tema deste estudo: o inciso XXXV - "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"; o inciso LIV - "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"; e o inciso LV - "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Destes dispositivos, vistos em seu conjunto, podem-se extrair os contornos mais importantes da fun-

ção jurisdicional como função estatal organicamente sistematizada. Ali se situam o monopólio estatal da jurisdição, o direito de ação, o direito ao devido processo legal e suas cláusulas, o direito à estabilidade e segurança jurídica, ou seja, o de ver mantidos intactos a pessoa e o patrimônio enquanto não esgotado o devido processo legal, etc.

Considerando que dos direitos explicitamente arrolados na Constituição decorrem correspondentes deveres, pode-se afirmar, em visão esquemática - e sem pretender exaurir a matéria - serem os seguintes os direitos e deveres fundamentais dos que litigam no processo civil, previstos nos incisos transcritos:

I - Direitos Constitucionais do litigante demandante:

a) fazer atuar a função jurisdicional. É o direito de ação e decorre, explicitamente, do inciso XXXV do art. 5º;

b) obter uma decisão eficaz e útil, vale dizer, uma decisão que, quando favorável à pretensão, assegure com efetividade o bem da vida reivindicado. É o direito à jurisdição útil e decorre, como contrapartida necessária, do monopólio estatal da jurisdição, consagrado, de modo implícito, no inciso LIV do art. 5º.

II) Deveres do demandante:

a) submeter-se à jurisdição, ou seja, é-lhe vedada a justiça de mão própria. Trata-se de dever que decorre também necessariamente do monopólio estatal da função jurisdicional, já mencionado.

b) submeter-se ao cumprimento das cláusulas do "devido processo legal", vale dizer, ao demandante assegura-se o direito de acionar a jurisdição, mas sua pretensão somente será atendida, se for o caso, após esgotada a liturgia do processo, que prevê o direito ao contraditório e à ampla defesa do demandado. Trata-se de dever imposto pelo inciso LIV do art. 5º.

III - Direitos constitucionais do litigante demandado:

a) manter seus bens e direitos, sem restrições, mesmo quando contestados por terceiro, enquanto não advier decisão final,

tomada mediante processo legal. É o que se poderia chamar, numa expressão sintética, de direito à segurança jurídica, consistente, em concreto, no direito à manutenção do *status quo*. Trata-se de direito assegurado, explicitamente, pelo inciso LIV do art. 5º.

b) utilizar todos os meios de defesa previstos na cláusula do devido processo legal, inclusive produção de provas e interposição de recursos. É o direito ao devido processo legal, que decorre do inciso LV.

IV - Deveres do litigante demandado:

a) submeter-se à jurisdição. Como o demandante, o demandado está submetido, obrigatoriamente, à jurisdição do Estado;

b) submeter-se, como o demandante, às cláusulas do devido processo legal, acolhendo as decisões que dele exsurgirem.

3. Processo cautelar: instrumento de harmonização dos direitos constitucionais dos litigantes

Os direitos, garantias, deveres e obrigações constitucionais dos litigantes, amplamente conhecidos e reconhecidos, expostos de forma esquemática, integram, com as demais garantias constitucionais, um sistema orgânico de direito e, desta maneira, devem exaurir seus efeitos com toda a plenitude. É sabido, contudo, que isso nem sempre acontece. A realidade concreta apresenta, não raro, situações que podem gerar impossibilidade de assegurar-se a convivência plena e harmônica de todas as garantias e direitos constitucionais. Em outras palavras: hipóteses há em que um determinado direito não poderá ser assegurado em sua plenitude sem que outro seja, de alguma forma, sacrificado, ainda que parcialmente. Não são raras tais situações, que em doutrina se conhece como "colisão de direitos", representada pela contraposição de direitos concretamente antagônicos. Exemplo corriqueiro desta espécie de colisão é a que se dá, em situações comuns da vida, entre o direito constitucional à intimidade e o direito à liberdade de informação, ambos direitos constitucionais fundamentais: nem sempre será possível assegurar plenamente o

direito à informação sem sacrifício da intimidade das pessoas, ou vice-versa. Pois bem, identificada colisão de direitos, que se caracteriza pela impossibilidade absoluta de sua convivência plena e harmônica em determinada situação fática, um ou outro há de ceder, ainda que em parte. Um ou outro há de ser restringido. Como proceder-se tal restrição, como eleger o direito a ser privilegiado em detrimento de outro, é tema dos mais empolgantes e complexos da ciência do direito. Não havendo hierarquia formal entre os dispositivos constitucionais, e não se tratando de grandezas quantitativamente mensuráveis, a escolha deverá certamente ser feita mediante ponderação dos elementos colidentes, ponderação que levará em conta os valores consagrados na própria Constituição. Só desta maneira será possível identificar, com alguma objetividade, o direito prevalecente.

A solução dos conflitos que envolvem colisão de direitos constitucionais e, portanto, a escolha do direito prevalecente, pode surgir - e geralmente surge - por via da legislação infraconstitucional. Entretanto, como o conflito, de um modo geral, se verifica topicamente em situações envoltas em suas próprias peculiaridades, nem sempre as soluções legislativas são suficientes. É que a atividade do legislador apenas intui os possíveis conflitos, que, no entanto, poderão, na prática, se apresentar de outra maneira. Assim, inexistindo solução legislativa, ou sendo ela insuficiente, a colisão de direitos deverá ser equacionada pela via jurisdicional direta, atendidas as particularidades do caso concreto. Em qualquer hipótese, o agente estatal - legislador ou juiz - subordinará sua atividade a dois princípios fundamentais: (a) o da necessidade e (b) o da menor restrição possível. Os direitos constitucionais devem, em princípio, ser garantidos em sua plenitude. A restrição, portanto, somente deverá ocorrer se for considerada absolutamente indispensável à garantia de outro direito constitucional, privilegiado concretamente. Isto significa dizer que a restrição a qualquer direito constitucional só será legítima quando ab-

solutamente necessária e indispensável, ou seja, quando não houver nenhuma outra alternativa capaz de ensejar a convivência plena e simultânea dos direitos conflitantes. É o que impõe o "princípio da necessidade".

Por outro lado, caracterizada a necessidade da intervenção limitativa, esta deverá se operar na exata medida do indispensável, ou seja, a restrição ao direito deverá ser apenas no limite mínimo indispensável à solução do conflito normativo concretamente estabelecido. É o "princípio de menor restrição possível".

Em suma: a restrição ao direito constitucional só se legitima quando (a) absolutamente indispensável e (b) na exata medida da indispensabilidade.

Assentadas tais premissas, voltemos ao campo da tutela cautelar. A função jurisdicional cautelar brota do nosso sistema como função destinada a harmonizar as situações concretas de colisão entre direitos constitucionais dos litigantes. Com efeito, assim como os demais direitos e garantias, também os direitos e garantias dos litigantes devem, em princípio, exaurir seus efeitos com plenitude, de forma harmônica e simultânea, o que nem sempre ocorre. O direito do demandante à utilidade da jurisdição, que supõe sentença potencialmente eficaz, nem sempre pode conviver harmonicamente com o direito do demandado a manter seu *status* jurídico, que supõe a plena disponibilidade de bens e direitos enquanto não exaurido o devido processo legal. Trata-se de conflito que surge, como se sabe, em decorrência da demanda de tempo exigida para implementar as cláusulas do devido processo legal. Ora, em tais hipóteses, atua a função jurisdicional cautelar. A intervenção do legislador ordinário, disciplinando o processo cautelar, as medidas cautelares e as suas liminares, representa, assim, a via legislativa destinada a propiciar a convivência a mais harmônica possível dos direitos constitucionais dos litigantes, proporcionando alternativas para resolução das eventuais colisões. Porém, como já se disse, o legislador opera em abstrato e nem sempre consegue prever e dar solução a to-

das as situações de conflito que a vida apresenta. É por isso que, subsidiariamente à via legislativa e em harmonia com ela, viabiliza-se a atuação direta do juiz. Não é por outra razão que ao juiz se assegura o chamado "poder geral de cautela", que lhe permite deferir medidas cautelares "inominadas", não previstas no texto legislativo.

4. Concessão de liminares e suas restrições legislativas: condições de legitimidade

Estabelecido que a função jurisdicional cautelar se destina a dar solução às eventuais colisões entre direitos constitucionais dos litigantes, pode-se concluir (a) que ela acarreta, em alguma medida, restrição a um dos direitos colidentes e, portanto, (b) só será legítima quando observar os princípios da necessidade e da menor restrição possível. Realmente, a função cautelar atua sob tração de duas forças com direções opostas: de um lado, o direito à eficácia da sentença e, de outro, o direito à manutenção do *status quo*. A viabilização de medidas cautelares importa privilegiar o primeiro em desprestígio do segundo; a restrição delas opera fenômeno inverso. Manter o equilíbrio entre tais forças, e operar restrições dentro de limites razoavelmente aceitáveis em face dos princípios antes referidos, eis aí a marca da legitimidade da atuação do legislador e do juiz em tema de jurisdição cautelar.

Pois bem, uma das manifestações mais expressivas da função jurisdicional cautelar é a medida liminar. Ela representa - ou, pelo menos, deve representar - a solução para um conflito ainda mais específico e peculiar: em hipóteses em que, antes de esgotar-se o prazo da defesa, houver risco de perecimento, ou do direito à utilidade da jurisdição ou do de defender-se previamente, aí estará caracterizada colisão dirimível por provimento liminar. A nota característica deste conflito é, portanto, a sua particular urgência, a determinar imperiosa manifestação jurisdicional ante de ouvir-se o demandado. Ora, aqui também a solução do conflito - seja a solução do legislador, seja a do juiz -

deverá subordinar-se, necessariamente, ao princípio da necessidade e ao da menor restrição. E a solução de privilegiar o direito do demandante, com restrição ao do demandado, certamente há de levar em conta - quando da ponderação dos valores em conflito - a existência, em favor do primeiro, do *fumus boni iuris* em relação ao bem da vida em disputa. Só quando atender tais pressupostos é que se poderá ter como legítima a atuação do legislador e a do juiz em matéria de medidas cautelares liminares. Portanto, é nestes termos genéricos que damos por respondidas as indagações ao início formuladas. Na verdade, não há outra maneira de respondê-las em abstrato. Juízos definitivos sobre a legitimidade da concessão de liminares pelo juiz ou da proibição de concedê-las, estabelecida pelo legislador, certamente não dispensam o exame particular da colisão concretamente verificada.

5. Medida liminar e medida cautelar

Firmadas as bases até aqui expostas, em apoio nas quais se procurou das respostas às indagações ao início colocadas, é hora de passar a exame mais próximo das medidas liminares propriamente ditas.

Por liminar entende-se a antecipação, parcial ou integral, em caráter provisório e sob condição resolutive, de eficácia da futura sentença de procedência.

Liminar pode haver (a) em ação cautelar (= a que antecipa eficácia de sentença em ação cautelar) e (b) em ação não cautelar (= a que antecipa eficácia de sentença em ação não cautelar). Nesta segunda hipótese, a liminar tem natureza (b.1) cautelar (= a que antecipa eficácia em razão do risco de sua ineficácia, ou seja, em face da situação de *periculum in mora*) ou (b.2) não cautelar (= a que antecipa a eficácia da sentença por razão outra que não a de eliminar perigo). Exemplos de liminares cautelares concedidas em ações não cautelares (b.1): a liminar em mandado de segurança (Lei nº 1.533/51, art. 7º, II) em ação civil pública (Lei nº 7.347/85, art. 12) ou em ação coletiva em defesa do consumidor (Lei nº 8.078/90, art.

84, § 3º). Nos três exemplos, a natureza cautelar da medida liminar está identificada pelo pressuposto indispensável para a sua concessão: o risco de ineficácia da sentença.

Exemplo de liminares não cautelares (b.2): liminar em ações possessórias (CPC, art. 928) e na ação de busca e apreensão baseada em contrato de alienação fiduciária (D.L. 911/69, art. 3º). A natureza não cautelar está em que sua concessão independe da existência de risco de ineficácia. O risco não é pressuposto dela.

Portanto, medida liminar e medida cautelar não são expressões sinônimas. A liminar tem seus próprios pressupostos. A medida cautelar é o objeto da ação cautelar, ou seja, é a providência cautelar a ser deferida em sentença, e seus pressupostos são o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. A medida liminar, nestes casos, será a antecipação da medida cautelar e sua concessão está subordinada, além dos pressupostos citados, ao requisito adicional, que lhe é próprio: a particular iminência do risco, capaz de consumir, em prazo menor que o da defesa, a ineficácia da sentença cautelar. É o que se extrai do art. 804 do CPC. Em outras palavras: a medida liminar em ação cautelar é providência destinada a tutelar a própria medida cautelar final.

6. Liminares satisfativas

Dividem-se as liminares, também, em satisfativas e não-satisfativas. A distinção só tem razão de ser se por satisfatividade (ou satisfação) se entende a satisfação do próprio direito material objeto do litígio principal. Realmente, se por satisfatividade se entendesse simplesmente a antecipação da eficácia da sentença, toda e qualquer liminar seria satisfativa, inclusive a que antecipa providência cautelar típica. Portanto, sob o aspecto da satisfação antecipada do direito material, a liminar será: (a) satisfativa (= a que importar antecipação, ainda que provisória, do bem da vida que constitui objeto da ação de conhecimento) ou (b) não-satisfativa (= a que não importar antecipação do direito material, tendo por conteúdo, por-

tanto, providência diversa). Exemplos de medidas liminares satisfativas: as relativas a alimentos provisionais, guarda de filhos, direito de visitas. Exemplos de medidas liminares não satisfativas: as que antecipam arresto, sustação de protesto de títulos ou exibição.

A medida liminar satisfativa pode ainda ser: (a.1) satisfativa reversível (= a que comporta, no próprio processo, o retorno da situação fática ao *status quo ante*) e (a.2) satisfativa irreversível (= a que não comporta o retorno à situação anterior). Exemplos de medida liminar reversível: a que concede guarda de filho, direito de visita ou alimentos provisionais. Todas comportam, se for o caso, o retorno das partes à situação fática precedente (muito embora nem sempre haja reparação, como na hipótese de alimentos). Exemplos de medida liminar satisfativa irreversível: a que autoriza demolição de prédio histórico ou quebra de sigilo.

As medidas liminares satisfativas reversíveis não são, necessariamente, incompatíveis com a ordem constitucional, desde que, evidentemente, observem os princípios da necessidade e da menor restrição possível. A fidelidade a tais princípios impõe (a) averiguação cuidadosa da real impossibilidade de assegurar a eficácia da sentença sem operar restrição ao direito do demandado e (b), sempre que possível, exigir do requerente a prestação de contracautela.

No que se refere às medidas liminares satisfativas irreversíveis, estas não apenas limitam, mas comprometem, de modo definitivo, o direito constitucional do demandado ao devido processo legal. Uma vez concedida medida desta natureza, nenhuma potencialidade de eficácia remanescerá à futura sentença, já que a liminar consumou, de fato, a vitória antecipada do demandante. Portanto, em princípio, as liminares satisfativas irreversíveis não se compatibilizam com o ordenamento constitucional. Sua concessão somente poderia ser legítima em hipóteses absolutamente extraordinárias, quando verificada, concretamente, a iminência de, sem liminar, perecer outro

direito constitucional considerado, nas circunstâncias, mais privilegiado.

7. Liminar e fundamentação: demonstração da necessidade

A concessão de liminar, como demonstrado, por ser provimento que altera antecipadamente o *status quo*, sempre implicará comprometimento, em maior ou menor grau, da garantia prevista no art. 5º, LIV, da CF. Da mesma forma, o indeferimento dela poderá, em certas circunstâncias, comprometer a eficácia da futura sentença e, com isso, a garantia constitucional à jurisdição útil. Se assim é, não se pode dar razão a quem defende que a decisão a respeito do pedido liminar constitui ato vinculado unicamente às razões de ordem subjetiva do juiz. Pelo contrário, satisfeito o pressuposto da necessidade (ou seja, o risco de, antes da defesa, consumir-se a ineficácia da prestação jurisdicional) o juiz não tem "discrição" de conceder ou não a medida. Esta será obrigatória. Da mesma forma, quando não há perigo iminente, a liminar deverá ser indeferida por desnecessária, já que, neste caso, os direitos e garantias constitucionais dos litigantes poderão - e por isso deverão - ser garantidos em sua plenitude.

Em qualquer hipótese - seja para conceder, seja para indeferir o pedido de liminar - a decisão do juiz deverá estar acompanhada de fundamentação, ainda que sucinta. Nem seria necessário que o fizesse, mas a Constituição Federal assim o determinou expressamente, no art. 93, IX. Ali está dito que todas as decisões do Poder Judiciário - e não apenas as sentenças - devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade.

8. Liminar e contracautela

A exigência de contracautela, tal como previsto na parte final do art. 804 do CPC, é providência que se justifica e se compatibiliza com o princípio da "restrição menor possível". Com efeito, devendo o juiz, com a liminar, alterar o status jurídico dos litigantes antes mesmo da apresentação da defesa do demandado, é razoável que determi-

ne providência paralela destinada a limitar, ao mínimo necessário, o alcance danoso da medida.

Olhada a questão sob esta perspectiva, é perfeitamente sustentável a orientação jurisprudencial que vem se formando - contrária à jurisprudência tradicional - que tem por legítima a exigência de contracautela, mesmo em se tratando de liminar em mandado de segurança. A nova orientação, com adeptos de nomeada em diversos Tribunais, foi encampada pelo STJ, 2ª Turma, ao assentar que, em mandado de segurança "a exigência de caução, condicionando a eficácia da liminar, insere-se no poder cautelar do Juiz. Inexistência, na hipótese, de ilegalidade ou abuso de poder" (RMS nº 439-0, julg. em 16.12.92, Rel. Min. Américo Luz). Em voto proferido na 2ª Turma do TRF-4ª, acolhido por unanimidade, sustentamos que "Não é manifestamente ilegal a exigência de contracautela na concessão de liminar em mandado de segurança, nas hipóteses em que a providência requerida for de conteúdo diverso do previsto no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51" (MS nº 92.04.22449-5 - PR, julgado em 29.04.93). Os fundamentos no particular, foram assim deduzidos:

"1. A hipótese dos autos traz à baila o tema relacionado com a legitimidade ou não de fixação de contracautela na concessão de liminar em mandado de segurança, tema esse cuja elucidação pressupõe tomada de posição sobre outra questão: a de saber se às liminares em mandado de segurança é aplicável ou não o sistema normativo previsto no art. 804 do Código de Processo Civil para as liminares cautelares de um modo geral.

2. Segundo penso, há que se fazer distinções. A liminar em mandado de segurança, tal qual prevista no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, tem como conteúdo a suspensão do ato da autoridade. 'Ao despachar a inicial o juiz ordenará: ... II - que se suspenda o ato que lhe deu motivo, quando...', é o que diz o dispositivo. É certo que não se pode interpretar literalmente o texto, pena de se consagrar a absoluta inviabilidade da concessão de liminar em segurança preven-

tiva. Na verdade - e essa é a orientação dominante em doutrina e jurisprudência - a liminar em mandado de segurança pode consistir tanto na suspensão do ato já praticado pela autoridade coatora, quanto do ato que está em vias de sê-lo. Esta, portanto, a compreensão a ser dada ao conteúdo do texto transcrito.

3. Pois bem, ainda que se considere em sua mais ampla compreensão, ainda assim o campo da liminar em mandado de segurança, na versão do art. 7º, II, da Lei, é, certamente, bem mais limitado que o que veio a ser estabelecido a partir de 1973, com o Código de Processo Civil, em relação às cautelares inominadas. A partir de então, as providências cautelares - passíveis de serem antecipadas liminarmente, se for o caso - não estão restritas à suspensão de ato praticado ou a ser praticado, podendo, isto sim, consistir em quaisquer medidas que o juiz "julgar adequadas" a afastar o fundado receio existente (CPC, art. 798), sendo meramente exemplificativo o rol do art. 799 que prevê, entre outras, a de "autorizar ou vedar a prática de determinados atos".

4. Assim, parece razoável concluir-se que a liminar em mandado de segurança reger-se-á pela Lei específica (art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51) quando tiver por conteúdo a suspensão do ato atacado, já praticado pela autoridade coatora ou em vias de ser. No entanto, liminar com providências de outra natureza - como, por exemplo, a de autorizar certo comportamento do impetrante - tem sua legitimidade ancorada no poder geral de cautela do Código de Processo Civil, razão pela qual, nestas hipóteses, não seria descabida a exigência de contracautela, como previsto no art. 804."

9. Liminar e controle difuso de constitucionalidade

Afirmou-se anteriormente que a decisão de privilegiar o demandante, restringindo direito do demandado, leva em conta o *fumus boni iuris* que envolve a pretensão posta em juízo. Sob este aspecto, particular atenção merece o pedido de concessão de medi-

da liminar quando implicar suspensão da eficácia da lei ou ato normativo do poder público. É que o controle difuso da constitucionalidade - que, reconhecidamente, pode ser exercido por qualquer agente do Poder Judiciário, independentemente de provocação - está subordinado a certos princípios indeclináveis, em especial o de presunção da legitimidade dos atos normativos. Não foi por outra razão que o legislador constituinte determinou expressamente que o reconhecimento da inconstitucionalidade, perante os Tribunais, depende do voto da maioria absoluta dos seus membros (CF, art. 97). Portanto, em matéria de controle de constitucionalidade, a preservação do ato normativo só decai ante inconstitucionalidade manifesta. Ora, se essa orientação deve ser adotada nas decisões finais dos Tribunais, inclusive nas do Supremo Tribunal Federal, é certo que, com maior razão, deve ser levada em conta em se tratando de decisão em sede de medida liminar. Nestes casos, portanto, o *fumus boni iuris* - sem o qual a liminar não pode ser concedida - só existirá quando puder ser superada a presunção de legitimidade que opera em favor do ato normativo.

10. Liminar em ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos

Outro tema que exige reflexão é o que diz com a liminar em ações coletivas, movidas pelo Ministério Público ou por entidade legitimada, em defesa dos chamados "direitos individuais homogêneos", previstas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90). É que tais ações, de natureza condenatória (art. 91), levam, se for o caso, a uma sentença de procedência de conteúdo genérico (art. 95). Trata-se de espécie nova de provimento jurisdicional, comparável, quem sabe, às decisões normativas da Justiça do Trabalho. Seu grau de generalidade é intermediário entre a absoluta abstração da lei e a concretude das sentenças proferidas em demandas individuais. O certo é que a execução de tais sentenças não poderá ser re-

querida sob regime de substituição processual, pois dependerá, sempre, da iniciativa do próprio titular do direito material, diretamente ou através de entidade que o represente. Nesta última hipótese, sublinhe-se, a entidade não atuará como substituto processual, e sim como representante do exequente.

Ora, isto leva à necessária conclusão de que o autor da ação coletiva - que age em substituição processual - não está legitimado a postular, em nome próprio, como substituto processual, qualquer providência de natureza executória, nem, portanto, qualquer cautelar ou liminar relacionada com a segurança da futura execução.

11. Medidas liminares contra atos do Poder Público

À luz do exposto, uma palavra sobre a Lei nº 8.437, de 30.06.92, que "dispõe sobre a concessão de medidas liminares contra atos do Poder Público", especialmente seus artigos 1º e 2º. Taxados, aqui e ali, como inconstitucionais, por representar limitação ao pleno exercício da jurisdição, tais dispositivos não trouxeram, a rigor, nada que já não estivesse estabelecido, implícita ou explicitamente, no ordenamento jurídico. O artigo 1º, e seu parágrafo 1º, por exemplo, nada mais são do que reprodução, praticamente literal, dos enunciados das súmulas 8 e 9 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, aprovadas no ano de 1987, com base em precedentes jurisprudenciais capitaneados por acórdão de lavra do Desembargador e Professor Galeno Lacerda. Leia-se o teor das citadas súmulas: Súmula 8 - "Não é admissível, no Juízo de 1º grau, a concessão de cautelar inominada, ou sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via do mandado de segurança, à competência originária do Tribunal"; Súmula 9 - "Não é admissível, em ação cautelar inominada, a concessão de liminar nos casos em que, na via do mandado de segurança, houver vedação legal ao deferimento de liminares". Sustentou o Desembargador Galeno Lacerda no precedente referido o

seguinte: "Tive oportunidade, em meus comentários ao CPC, de analisar longamente o uso da ação cautelar como sucedâneo do mandado de segurança, admitindo-o, porém, com reservas, no que concerne à concessão de liminares, para não se fraudarem as regras constitucionais e legais a respeito da competência por prerrogativa de função.

Vale transcrever o que então escrevi: 'Ademais, embora não se apliquem às ações cautelares as regras de competência absoluta por prerrogativas de função, específicas para o mandado de segurança, porque naquelas a pessoa da autoridade não está em causa, e, sim, o ato do ente público ou da pessoa jurídica por esta representada, ou responsável por seus atos, a verdade é que, quando a cautela consistir na suspensão do ato, as liminares no mandado e na ação cautelar terão o mesmo efeito e se dirigem diretamente contra a autoridade. Por este motivo, por coerência com o sistema constitucional e respeito ao princípio de harmonia dos poderes, não se admitirá, por exemplo, que Juiz de primeiro grau suspenda, em ação cautelar, ato do Presidente da República, embora possa decretar-lhe a nulidade em ação ordinária movida contra a União. Quando a autoridade de que emanou o ato merecer o privilégio de foro que a Constituição ou a lei lhe assegurem em face do mandado de segurança, esse mesmo privilégio servirá de óbice a eventuais cautelares suspensivas de juízos incompetentes para o remédio constitucional' (*Comentários ao CPC*, VIII/188, Tomo I, 2ª ed.).

Da mesma forma, haverá fraude à lei se a liminar cautelar for usada em situações para as quais a própria lei proíbe o decreto de liminar no mandado de segurança. Na mesma obra, disse mais adiante: 'Pode a lei, também, proibir simplesmente as liminares. Desde que não vedado o direito à ação principal, o que ofenderia a Constituição, nada impede coíba o legislador, por interesse público, a concessão de liminares' (*ob. cit.*, pág. 341). Ora, a Lei federal nº 4.348, de 26.6.64, proíbe a liminar em mandado de segurança para a concessão de vantagens a servidor público. A reintegração provisória obtida

pelo interessado incide, evidentemente, nesse veto. Outorgá-la pela via cautelar importa em modo de fraudar essa proibição, através de procedimento análogo ao mandado de segurança. Por coerência com o sistema, impõe-se, portanto, que se impeçam liminares em cautelas com idêntico objetivo" (RJTJRGs, 123/163-165).

Como se percebe da autorizada palavra, o sistema já comportava a proibição agora explicitada pelo art. 1º e seu parágrafo 1º, da Lei nº 8.437/92. O mesmo se diga do parágrafo 3º do mesmo artigo, que veda a concessão de "medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação". Medida que esgota o objeto da ação é, certamente, a que inviabiliza, se for o caso, o retorno das partes ao *status quo ante*, acima denominada de "satisfativa irreversível". Que tais medidas, em princípio, atentam contra direito constitucional do demandado - que se vê definitivamente privado do bem ou direito sem sequer ter oportunidade de defender-se - não era necessário que a lei viesse dizer. Isto também já decorria do sistema. A liminar, por ser provimento de natureza provisória, não se compatibiliza com medidas de caráter irreversível, insuscetíveis de propiciar, ainda no processo em que foi concedida, o retorno à situação anterior. Portanto, não há como supor inconstitucionalidade no parágrafo 3º, do artigo 1º da Lei nº 8.437/92.

O artigo 2º trouxe novidade ao exigir, como pressuposto da liminar em mandado de segurança coletivo e em ação civil pública, a prévia audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, no prazo de setenta e duas horas. Cabe observar, porém, que qualquer liminar, para ser cabível, pressupõe situação de perigo iminente, ou seja, em condições de perpetrar dano antes da citação do demandado. Em casos em que tal risco não existir, a rigor a liminar não se justifica. O "princípio da necessidade" veda a concessão de liminar se a providência puder ser postergada para a fase posterior à citação. Portanto, o artigo 2º, para não ser considerado supér-

fluo, há de ser entendido como aplicável a hipóteses em que a providência cautelar não possa aguardar o término do prazo privilegiado, em quádruplo, de que dispõe a pessoa jurídica de direito público para defender-se. Assim, nestes casos, a fixação de prazo menor, para que a parte demandada possa se manifestar, especificamente, sobre o cabimento da medida, é dispositivo compatível com o "princípio da menor restrição possível". Entretanto, parece certo que tal dispositivo não se aplicará àquelas situações fáticas, revestidas de tal urgência ou relevância, que não permitem tempo para, sequer, aguardar-se o prazo de setenta e duas horas. Se tão excepcional hipótese se apresentar, poderá o juiz, em nome do direito à utilidade da jurisdição e sempre mediante a devida justificação, conceder a liminar, já que para tanto estará autorizado pelo próprio sistema constitucional. Tratar-se-ia de singular hipótese de liminar para tutelar o direito a outra liminar, posto em perigo pelas especiais circunstâncias do caso concreto.

12. Conclusão

Para concluir, é de se reiterar a essência do que foi exposto: a concessão de liminar é permitida constitucionalmente - e é mesmo obrigatória - quando for indispensável à garantia da efetividade de outro direito constitucional circunstancialmente mais privilegiado e acossado por ameaça grave e iminente. A concessão de liminar nestas situações deve ser respeitada pelo legislador ordinário. Porém, a liminar é ato jurisdicional de exceção. Não se pode, em situação normal, jurisdicionar por medidas liminares, como não se pode, em regra, legislar por Medida Provisória. A exemplo da Medida Provisória, que é instrumento legislativo legítimo, desde que utilizado em situações de relevância e urgência, a medida liminar é forma legítima de prestar jurisdição, desde que utilizada adequadamente, ou seja, com estrita observância dos princípios, tantas vezes referidos, da necessidade e da menor restrição possível.

PARECER

Servidão predial não-aparente, transcrição no Registro de Imóveis

Henrique Fagundes Filho
Subprocurador-Geral da República

Parecer nº 004/HFF
Processo nº 92.0025323-7
REsp nº 27993-1/SP
Recte: CONCIMA S/A - Construções Civis
Recdos: Nhemtalla Andery e s.m.,
Maria Stella Nogueira Rodrigues.
Relator: Min. Fontes de Alencar

Recurso Especial - Conhecimento. Recurso especial interposto com arrimo no art. 105, nº III, letra "a" da Lei Fundamental. Conhecimento, ante a insinuação da presença, em tese, da violação de lei federal.

Processo Civil. Denúnciação da Lide (art. 70, nº III, do Código de Processo Civil. A denúnciação da lide aos antecessores da recorrente, a quem se atribui a qualidade de titular de prédio serviente na servidão de passagem, encontra previsão legal exatamente para impedir a repropositura, com todas as vicissitudes judiciais do resultado imponderável, de uma pretensão tendente a obter-se um preceito condenatório já haurido na demanda originária. Obrigado, em tese, o antecessor dominial do titular do prédio serviente, a compor-lhe os prejuízos pela inciência do gravame real desconhecido, tipificada estaria a hipótese do artigo 70, nº III, do Código de Processo Civil. Nulidade pleiteada que, todavia, não haverá de ser proclamada em atenção à regra de que, "quando puder decidir do mérito a favor de quem aproveite a nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará suprir o ato, ou suprir-lhe a falta" (Código de Processo Civil, art. 249, § 2º).

Servidão Predial não-aparente - Indispensabilidade de sua transcrição no Registro Imobiliário.

A regra do art. 697 do Código Civil, segundo a qual "As servidões não-aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis" não dispensa o registro imobiliário das servidões aparentes, pois "nem sempre, *inclusio unius* implica a *exclusio alterius*. Por declarar a lei que a servidão não-aparente somente se estabelece pela transcrição no registro de imóveis, não é de boa hermenêutica, desprezando outros elementos elucidativos, concluir que as aparentes seguem outro regime (Clóvis Beviláqua, "Direito das Coisas", vol. I, pág. 341)".

Lei dos Registros Públicos - Registro das servidões aparentes. Já, ao tempo da antiga Lei dos Registros Públicos (Decreto nº 4.857, de 9-11-1939), embora silente a respeito da inscrição das servidões prediais não-aparentes (a antiga lei dos Registros Públicos, na letra "A", nº X, de seu art. 178, apenas se referia, "a inscrição dos títulos de servidões não-aparentes, para sua constituição") a inscrição das servidões prediais aparentes fazia-se por força do artigo 178, letra "B", nº II, daquele diploma, a determinar "a transcrição dos títulos ou a inscrição dos atos *inter vivos* relativamente aos direitos reais sobre imóveis, quer para a aquisição do domínio, quer para a validade contra

terceiros". Se assim era antes, com razão maior haverá de sê-lo, agora, sob a égide da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, cujo artigo 167, nº I, item 6, impõe seja feito, no Registro de Imóveis, além da matrícula, o registro das servidões em geral.

Servidão de Trânsito. Exercício do Direito pelo prédio dominante. A servidão deve ser exercida *civiliter*, como prescreviam as fontes romanas e segundo as necessidades do prédio dominante, evitando, quando possível, agravar o encargo ao prédio serviente. Nas servidões de trânsito, a de maior ônus inclui a de menor, a de menor exclui a de maior. *Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere*. Assim, aquele que tem direito de transportar materiais em veículo pelo prédio serviente, pode passar a carro, a cavalo ou a pé; aquele, porém, que apenas pode transitar a pé, não pode introduzir carros ou carroças no prédio alheio".

Falta de transcrição no Registro Imobiliário da Servidão predial aparente. Carência do direito à ação de nunciação de obra nova e do direito à ação demolitória, fundadas nesse pretensão direito real, no entanto inoponível a terceiros. Falta de legitimidade ativa *ad causam* e de interesse jurídico para agir.

Egrégia Turma:

1. Aduzindo deter o direito real da servidão de caminho (*servitus iter*), deduziram os recorridos, contra a aqui recorrente, a pretensão de nunciação de obra nova, estendida, no despacho saneador (cf. fl. 147), a pretensão demolitória e a ressarcitória de perdas e danos.

O ponto nodal da controvérsia de mérito está no apurar se, embora constituída por ato negocial entre vivos, pelos antecessores dominiais dos litigantes, ao ensejo da escritura de divisão amigável da área maior (cf. fls. 13 e seguintes), a servidão predial de caminho teria eficácia contra a recorrida, dado que, no respectivo Cartório Imobiliário, não há o registro (Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, nº I, item 6) do

direito real, consoante o atesta a certidão de fls. 56 e verso.

No saneador (fls. 146 e seguintes), do qual agravou, mediante recurso retido nos autos, a aqui recorrente (cf. fls. 153 e seguintes), repeliu, seu digno magistrado prolator, a uma, a denunciação da lide aos antecessores dominiais da demandada e, a duas, a increpação da inexistência jurídica de servidão destituída de transcrição imobiliária e, portanto, vocativa da carência do direito de agir, ante a impossibilidade jurídica do pedido, graças ao entendimento, nesse tocante, arrimado em Washington de Barros Monteiro (*apud* fl. 146 dos autos), de que "a servidão aparente dispensa registro".

Afinal, veio a ilustre magistrada de primeiro grau dar por procedente a pretensão demolitória (cf. a r. sentença de fls. 256 *usque* 261) para condenar a ré "a refazer o caminho de servidão às suas expensas, tornando plenamente transitável o caminho por ela já construído, inclusive sem a utilização de portão ou portões, de molde a não diminuir as vantagens do prédio dominante, de propriedade dos autores" (cf. fl. 260).

Irresignada, a ré, ora recorrente, insistindo na denunciação da lide e na reforma da sentença, ante a falta de registro da pretensa servidão de caminho (cf. acórdão de fls. 361 e seguintes), debalde recorreu, certo negar-lhe o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado provimento tanto ao agravo retido quanto à apelação da sentença de mérito.

Interposto recurso especial sob o pálio das letras "a" e "c" do permissivo constitucional, admitiu-o o eminente Desembargador Yussef Cahali, Terceiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado, apenas com vista à última alínea (cf. fls. 394 e 395), como se lê, nessa parte, daquele r. despacho, *verbis*:

"Alega a recorrente que o acórdão contrariou: os artigos 676, 856, III, e 696 do Código Civil, e 167, I, 6, da Lei 6.015/73, ao entender que a servidão aparente não necessita de registro; os artigos 704 e 705 do Código Civil, vez que a servidão imposta por João Ramos (e extinta há mais de 40

anos) era de caminho, que não podia ser agravada com a passagem de veículos; o artigo 709, I do Código Civil, pois o imóvel tem passagem por rua que termina em sua divisa; o artigo 70, III, do CPC, ao rejeitar a denunciação da lide; o artigo 406 do CPC, decidindo *ultra petita*.

Na espécie, estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso pela alínea *a* do permissivo constitucional. Não obstante fundamentada a conclusão da turma Julgadora, a recorrente agita questões jurídicas controvertidas, o que recomenda sejam os temas submetidos à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, a quem a nova ordem constitucional reserva com exclusividade a missão de velar pela uniformidade de interpretação da legislação ordinária."

2. Preliminarmente, *venia maxima concessa*, caso é de conhecer-se do presente recurso especial, mercê da *negativa de vigência à lei*, aflorada, aqui e agora, nos pressupostos da admissibilidade recursal, apenas em tese, dado insinuar-se o *fumus boni juris* nas alegações de violação aos artigos de lei federal.

3. No *mérito*, o *recurso* reclama provimento, para os fins abaixo, *venia permissa*. Por aplicação analógica do verbete 456 da Súmula da jurisprudência da Suprema Corte, também esse Colendo Superior Tribunal de Justiça, conhecendo do recurso, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

4. A *denunciação da lide* aos antecessores da recorrente, conquanto tenha inteira procedência, não haverá de ser proclamada, em atenção à regra de que, "quando puder decidir do mérito a favor de quem aproveite a nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará suprir o ato, ou suprir-lhe a falta" (Código de Processo Civil, art. 249, § 2º). Com efeito, ao contrário do sustentado no v. acórdão recorrido, existe a denunciação da lide exatamente para impedir a repositura, com todas as vicissitudes judiciais do resultado imponderável, de uma pretensão tendente a obter-se um preceito condenatório já haurido na demanda originária. Assim, obrigado, em tese, o antecessor dominial da recorrente, a compor-lhe os prejuízos pela inciência do gravame real, tipi-

ficada estava a hipótese do inciso II do artigo 70 do Código de Processo Civil.

5. As *servidões*, sejam quais forem, *exigem* o registro imobiliário para ter eficácia.

O escólio de *Washington de Barros Monteiro*, mencionado pelo ilustre juiz prolator do despacho de saneamento do processo, é equivocado, por fundar-se numa interpretação meramente literal do artigo 697 do Código Civil, *verbis*.

"Art. 697. As servidões não aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis".

A *interpretação sistemática* do instituto, no entanto, não abona o entendimento do civilista referido, mas, antes, o isola no concerto doutrinário da matéria. Como preleciona *Clóvis Beviláqua* ("Código Civil", obs. ao art. 697), "para acomodar o artigo à sistemática do Código", é preciso entendê-lo que este exige "que se registrem todos os direitos reais que se fundam num ato jurídico entre vivos e, sendo as servidões direitos reais, entram na regra". Esposando esse entendimento, anota, em obra recente, *José Serpa de Santa Maria* ("Direitos Reais Limitados", ed. Brasília Jurídica, 1993, pág. 130:

"O art. 697 cuja redação não foi das mais felizes, deu margem a certa hesitação, chegando alguns julgados, como nos revela *Clóvis Beviláqua*, a concluir que 'se as servidões não aparentes somente se estabelecem por meio da transcrição, todas as aparentes podiam dispensar essa formalidade'. Argumenta com toda razão, C. Beviláqua que 'nem sempre, *inclusio unus implica na exclusio alterius*'. Por declarar a lei que a servidão não-aparente somente se estabelece pela transcrição no registro de imóveis, não é de boa hermenêutica, desprezando outros elementos elucidativos, concluir que as aparentes seguem outro regime ("Direito das Coisas", vol. I, pág. 341)".

Eduardo Espínola ("Os Direitos Reais no Direito Civil Brasileiro", ed. Conquista, Rio de Janeiro, 1958, pág. 133) assevera: "As servidões por ato entre vivos se adquirem pela transcrição do título no Registro de Imóveis, segundo disposições expressas de

nossa lei". E, citando, em nota de rodapé, João Luiz Alves, testifica:

"Dispõe o Cód. Civil, no art. 676: 'Os direitos reais sobre imóveis, constituídos ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem depois da transcrição ou da inscrição no registro de imóveis dos referidos títulos'. E no art. 697: 'As servidões não-aparentes só podem ser estabelecidas por meio de transcrição no registro de imóveis'. Comenta, com inteira procedência João Luiz Alves: 'Referindo-se o texto (do art. 697) às servidões não-aparentes, parece dispensar a transcrição das aparentes para o seu estabelecimento. Mas todas as servidões, que se adquirem por usucapião, devem ser transcritas (art. 698); e todas as que se constituem por atos entre vivos não podem dispensar essa formalidade para sua aquisição, *ex-vi* do disposto no art. 676. Destarte, o preceito do art. 697 parece desnecessário, sendo inconveniente pelas dúvidas que ao desprevenido intérprete poderia sugerir' (Cód. Civ. anotado, 1ª ed., 1917, pág. 697). E na verdade a jurisprudência dos tribunais mostrou-se vacilante e contraditória, não faltando decisões que concluem *a contrario sensu* que as servidões aparentes não necessitam de títulos devidamente transcritos. E isso, ainda depois de haver a lei dos registros públicos disposto que no registro de imóveis será feita 'a inscrição dos títulos de servidões não-aparentes, para sua constituição' e a transcrição dos títulos ou a inscrição dos atos *inter vivos* relativamente aos direitos reais sobre imóveis, quer para aquisição do domínio, quer para a validade contra terceiros' (Dec. nº 4.857, de 9-11-1939, art. 178, A, X, e B, II). Correta e precisa a Dec. do Trib. de S. Paulo (rel. Des. Antônio de Moraes, de 20-8-1940): 'Do preceito do art. 697 do Cód. Civil não se pode concluir que existam servidões aparentes que não dependam de transcrição. De duas uma. Constituída por título, este é levado a registro; constituída por usucapião, a sentença que o julgar consumado será também transcrita (Estevão de Almeida - Pareceres, vol. 1º, p. 301; João Luiz Alves - Cód. Civil anot., p. 476; Carvalho Santos - com. ao art.

697). O Código, ensina Clóvis, quer que se registrem todos os direitos reais que se fundem num ato jurídico entre vivos, e, sendo as servidões direitos reais, entram na regra (Cód. Civ. com., vol. 3º). V. J. Alckmin - Repertório, ct., vol. 2ª ed., 1954, págs. 679-680. V. também Carvalho Santos - Cód. Civ. interp., vol. 9º., pág. 165".

Pontes de Miranda ("Tratado de Direito Privado", Borsoi, 1971, 2.204, nº 4, págs. 234 e 235) dá, com o costumeiro brilho, o exato alcance da regra insculpida na redação obscura do artigo 697 do Código Civil, a saber:

4. "Registro e Servidão. - A aquisição das servidões não dependia de registro; dele depende hoje. O grande inconveniente consistia em que a publicidade fáctica é insuficiente; só seria de admitir-se a constituição sem registro, se notório o uso da servidão. Os que adquiriam imóveis não podiam ter certeza sobre serem sujeitos, ou não, a servidões. A respeito das servidões negativas, era evidente a imperfeição do direito comum. O direito austríaco abriu o caminho ao regime registrário das servidões. Fizeram-se necessários o acordo e a inscrição. Quanto à usucapião *servitutis*, o tempo opera como elemento de suporte fáctico que se substitui ao acordo e aquisição, e não ao acordo e à inscrição. A posse independe do título e do direito. Mas a situação de fato da servidão não-aparente não pode ser protegida conforme o art. 486, nem, tampouco, pode, se falta o título registrável, ser registrada. Resta saber se a servidão não-aparente pode constituir-se por usucapião. Negou-o Clóvis Beviláqua (Código Civil comentado, III, 246), com razão em parte, *de lege lata*, porque o art. 486 nada tem com a posse *ad usucapionem*. As servidões não-aparentes podem ser apropriadas segundo o art. 697; portanto, podem ser objeto de posse. No possessorio, não se discute o título; se há posse, que o dono do prédio serviente se defenda no plano do petitório, com a certidão negativa do registro, ou prova que lhe equivalha. Mas, a propósitos das servidões descontínuas e das contínuas não-aparentes (portanto das não-aparentes, em geral, e das

descontínuas aparentes) há o art. 509: 'o disposto nos artigos antecedentes não se aplica às servidões contínuas não-aparentes, nem às descontínuas, salvo quando os respectivos títulos provierem do possuidor do prédio serviente, ou daqueles de quem este o houve'. A servidão não se presume. Quem tem posse de servidão não aparente está exposto a que se alegue a falta do título a que alude o art. 509, 2ª parte (objeção do demandado) e o ônus da prova incumbe ao autor.

A servidão não-aparente não existe enquanto não está inscrita. A eficácia da inscrição começa da protocolização (Decreto nº. 4.857, de 9 de novembro de 1939, arts. 200-202). As servidões aparentes existem como acontecimento fáctico, que é conteúdo de posse; e não como acontecimento do mundo jurídico. Em todo o caso, esse dado fáctico, se consiste em servidão aparente, pode dar ensejo à usucapião da servidão (conceito jurídico), isto é, ao direito de servidão, em vez de simples posse de servidão. Para isso, basta o tempo de vinte anos (art. 698, parágrafo único), se não há título; ou de dez, ou quinze anos, se o há, mais a boa-fé (art. 698). Quanto às servidões não-aparentes, essas têm de resultar de inscrição; sem o registro não se pode constituir a servidão não-aparente, e o art. 697 faz ler-se o art. 698 como se dissesse: 'A posse incontestada e contínua de uma servidão aparente por dez ou quinze anos, nos termos do art. 551, autoriza o possuidor a transcrevê-la em seu nome no registro de imóveis, servindo-lhe de título a sentença que julgar consumado a usucapião'. Pode haver posse de servidão não aparente, embora o art. 698 exclua a apropriabilidade sem título registrado, basta que se protocolize o título no registro de imóveis para que a posse possa ser pedida (imissão de posse). A tendência é para se excluir qualquer formação do suporte fáctico da servidão sem o registro, tal como ocorreu no direito suíço, cf. Código Civil suíço, art. 731, que o exigiu às próprias servidões aparentes. "(o negrito foi agora matizado).

Pois bem, se assim era, já ao tempo do antigo diploma dos Registros Públicos, si-

lente a respeito da inscrição das servidões prediais não-aparentes (na antiga Lei dos Registros Públicos - Decreto nº 4.857, de 9-11-1939, na letra "A", nº X, de seu art. 178, apenas se aludia "a inscrição dos títulos de servidões não-aparentes, para sua constituição", muito embora, a seguir, na letra "B", nº II, do mesmo artigo, se determinasse "a transcrição dos títulos ou a inscrição dos atos *inter vivos* relativamente aos direitos reais sobre imóveis, quer para a aquisição do domínio, quer para a validade contra terceiros") com razão maior haverá de sê-lo, agora, sob a égide da Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973, cujo artigo 167, estatui, *verbis*.

"Art. 167. No Registro de imóveis, além da matrícula, serão feitos:

I - o registro:

....

6) das servidões em geral:

...."

6. Sobreleva notar, *in casu*, como vislumbrado pelo recorrente, que, posto seja, por hipótese admitida *ad argumentantum*, sustentável a tese de que "as servidões aparentes não necessitam de registro", a servidão constituída em favor do prédio dos recorridos é mera servidão de caminho, segundo, de resto, atestam-no as fotografias insertas nos autos e se depreende, sobretudo, da leitura dos laudos técnicos e do depoimento testemunhal colhido em audiência (fls. 230/231).

Servidão de caminho, que é, subordinada às regras dos artigos 704 e 705 do Código Civil:

"Art. 704. Restringir-se-á o uso da servidão às necessidades do prédio dominante, evitando, quando possível, agravar o encargo ao prédio serviente".

"Parágrafo único. Constituída para certo fim, a servidão não se pode ampliar a outro, salvo o disposto no artigo seguinte."

"Art. 705. Nas servidões de trânsito, a de maior inclui a de menor ônus, e a menor exclui a mais onerosa".

Explicando os dispositivos, diz Clóvis:

"A servidão deve ser exercida *civiliter*, como prescreviam as fontes romanas. Aliás,

é claro que, sendo ela uma restrição ao direito de propriedade do dono do prédio serviente, não poderia ficar ao arbítrio do titular ampliá-la, segundo melhor lhe parecesse. Terá de exercê-la, segundo o seu título, dando-lhe, restritamente, a extensão exigida pelas necessidades do prédio dominante. Se o dono do prédio dominante ampliar, abusivamente, a servidão, o possuidor do serviente poderá contê-lo por ação de manutenção ou por ação negatória" (ob. cit., obs. ao art. 704).

"As servidões de trânsito, em direito romano, eram as seguintes: *iter, actus, via*. *Iter* é a passagem do homem a pé, a cavalo ou em liteira; *actus* compreende, além da passagem do homem, a de rebanhos e animais de carga; *via* é mais ampla, além da passagem a pé, a cavalo ou carro, abrange o direito de transportar materiais em veículos. *Via... eam latitudinem habeat, qua vehiculum ire potest, alioquin iter fit*.

O direito pátrio não obedece a essa graduação, nem, conseqüentemente, mantém nomes correspondentes. Temos a servidão de trânsito, caminho ou passagem, mais ou menos onerosa, segundo o respectivo título. Mas o Código ainda consagra o princípio característico das servidões de trânsito, por ser racional: a de maior ônus inclui a de menor, a de menor exclui a de maior. *Non debet, cui plus licet, quod minus est, non licere*. Assim, aquele que tem direito de transportar materiais em veículo pelo prédio serviente, pode passar a carro, a cavalo ou a pé; aquele, porém, que apenas pode transitar a pé, não pode introduzir carros ou carroças no prédio alheio". (ob. cit., obs. ao art. 705).

Insinuam mais os autos que os recorridos, a despeito de terem assegurado o acesso a seu prédio por outra forma e, portanto, não se trata de prédio encravado - desejam a demolitória para trânsito mais amplo, o que se lhes é vedado, *ex vi* dos artigos 704 e 705 do Código Civil.

7. A só-circunstância de o ato *inter vivos*, prescribente da servidão de caminho, não haver sido levado a registro, não se tendo, assim, por constituída, não impede, tam-

bém, é certo, que os recorridos, sendo o caso, postulem judicialmente a instituição do direito real por sentença judicial, na conformidade do disposto no artigo 559 do Código Civil:

"Art. 559. O dono do prédio rústico, ou urbano, que se achar encravado em outro, sem saída pela via pública, fonte ou porto, tem direito a reclamar do vizinho que lhe deixe passagem, fixando-se a esta, judicialmente, o rumo, quando necessário".

Há, nos autos, prova convincente do acesso ao prédio dos recorridos por via pública, aberta pela Municipalidade de Campinas (cf. laudo de fls. 220 a 226). Isso, só por si, retira da *propriedade* dos recorridos o adjetivo encravado e autorizaria, se servidão houvesse, o seu cancelamento a teor do artigo 709, nº II, do Código Civil.

Todavia, em sendo o caso, vindo-se, no futuro, a provar, *pelas vias adequadas*, que não esta de nunciação de obra nova ou de demolição de obra concluída, cabalmente, estar o imóvel dos autores e ora recorridos na contingência de "encravado", poderão eles, então, valendo-se da regra insculpida no artigo 559 do Código Civil, exigir, judicialmente, a constituição de servidão de passagem. O que não podem é, ausente essa prova cabal, insistir na existência de uma servidão não-transcrita no registro Imobiliário e, menos ainda, alterando a finalidade de sua constituição, em afronta ao artigo 704 e seu parágrafo único, do Código Civil.

Em conclusão, a ação de nunciação de obra nova ou, mesmo, a demolitória, não se presta à instituição judicial de servidão predial, então inexistente, porque não registrada.

O Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao reconhecer a existência de uma servidão não-registrada, instituiu-a judicialmente, na verdade; mas, para isso, outros haveriam de ser os pressupostos da pretensão deduzida, com o ônus da demonstração do encravamento a cargo dos autores e a fixação do caminho segundo critérios não agasalhados na causa em reexame.

8. Em suma, como *ação real*, que é, a *demanda fundada em servidão predial* prescinde

da demonstração jurídica desse direito real, mediante a respectiva certidão do Registro Imobiliário.

Ausente essa circunstância essencial, falcem aos autores da ação real, legitimidade *ad causam* e interesse jurídico para o exercício da pretensão, reservada aos titulares dos prédios dominantes, vale dizer, aos que ostentam título constitutivo de servidão no Registro Imobiliário, e que se se constitui na *causa petendi* remota da pretensão processual. Tal como acontece nas pretensões reivindicatórias, em que o título transcrito de propriedade no Registro Imobiliário é condição de legitimidade *ad causam* e de interesse jurídico para a propositura da ação também aqui, a ter por substrato material

alegado direito real de servidão predial, somente o registro imobiliário do respectivo título confere legitimidade e interesse jurídico ao exercício da pretensão de nunciação de obra nova ou, mesmo de demolição de obra concluída.

Ante o exposto, portanto, opina o Ministério Público Federal, nesta instância, por, conhecendo-se do recurso especial, dar-se-lhe provimento, julgando-se os recorridos carecedores do direito à presente ação real, sem prejuízo de, futuramente, sendo o caso, demonstrarem, em sede regular, a necessidade de abertura de passagem, na esteira do artigo 559 do Código Civil.

Brasília, 14 de abril de 1994.

Com referência ao artigo **Apresentando a nossa Casa. Memória institucional.**

Pesquisas mais aprofundadas esclarecem que o prédio foi construído de acordo com o projeto nº 5, elaborado pelo engenheiro Rodolfo Ahrons, aprovado pela reunião da congregação de 16 de dezembro de 1907, e não como constou no número anterior da Revista - nov/93.