Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Edição Especial

Homenagem à Cooperação Acadêmica UFRGS-França

Maio 2008

Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

EDIÇÃO ESPECIAL
Homenagem à
Cooperação Acadêmica UFRGS-França

ORGANIZADORES:

Prof. Sérgio José Porto
Prof. Carlos Silveira Noronha
Prof.^a Cláudia Lima Marques

ACADÊMICOS RESPONSÁVEIS:

Andrea Marighetto (Bolsista CAPES)
Simone Regina Backes (Bolsista Univ. de Savoie)
Marcelo Boff Lorenzen (Bolsista CAPES-Unibras/DAAD)

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Reitor: Prof. José Carlos Ferraz Henemann

Vice-Reitor: Prof. Pedro Cezar Dutra Fonseca

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Sérgio José Porto **Vice-Diretor:** Manoel André da Rocha

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

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Responsáveis Técnicos:

Bibliotecária Naila Touguinha Lomando – CRB-10/711

Conselho Editorial

Professores ex-diretores:

Galeno Velhinho de Lacerda
Almiro Régis do Couto e Silva
José Sperb Sanseverino
Peter Walter Ashton
Eduardo Kroeff Machado Carrion
Plínio de Oliveira Corrêa

Professores titulares:

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
Carlos Silveira Noronha
Cezar Saldanha Souza Júnior
Cláudia Lima Marques
José Alcebiades de Oliveira Júnior
Sérgio José Porto

Servidores técnico-administrativos

Bibliotecária Naila Touguinha Lomando

Professores doutores:

Alfredo Dal Molin Flores
Augusto Jaeger Júnior
Carlos Freire Hofmeister
Carlos Klein Zanini
César Viterbo Matos Santolin
Cláudio Fortunato Michelin Júnior
Glênio José Wassertein Hekman
Humberto Bergmann Ávila
Juarez Freitas
Judith Hofmeister Martins-Costa
Leandro do Amaral D. de Dorneles
Luis Afonso Heck
Luiz Felipe Silveira Difini
Luiz Fernando Barzotto
Marco Fridolin Sommer dos Santos
Martha Lúcia Oliver Jiménez
Odone Sanguiné
Tupinambá Pinto de Azevedo
Vera Maria Jacob de Fradera

Representação discente:

Andrea Marighetto
Simone Regina Backes
Marcelo Boff Lorenzen

Apoio:

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Curso de Especialização em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais
Curso de Especialização "Direito Ambiental Nacional e Internacional"
Curso de Especialização "O Novo Direito Internacional"

Faculdade de Direito – UFRGS
Av. João Pessoa, 80 – CEP 90.040-000
Porto Alegre/RS – Brasil
Tel(51)33083118/33083128/33083464
e-mail: diretor@direito.ufrgs.br
site:<http://www.ufrgs.br>

Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

EDIÇÃO ESPECIAL
Homenagem à
Cooperação Acadêmica UFRGS-França

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

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP)
Bibliotecária Responsável: Naila Touguinha Lomando – CRB-10/711

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Porto Alegre: UFRGS - número especial, maio 2008 - Continuação da:
Revista da Faculdade de Porto Alegre, publicada de 1949-1974.

ISSN: 0104-6594

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

CDD: 340

CDU: 34(05)

Pede-se permuta Se pide canje We ask for exchange On demande de l'échange
Wir bitten um Austausch Si richerie lo scambio

APRESENTAÇÃO

A COOPERAÇÃO ENTRE A FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS E AS UNIVERSIDADES FRANCESAS

É com grande honra e prazer que, em nome da Faculdade de Direito, e por ocasião do Colóquio Internacional Aspectos Jurídicos da Proteção dos Consumidores: Comparações França – Brasil – Argentina (29 e 30 de maio de 2008), organizado em conjunto com a *Université de Savoie* e o Prof. Dr. Gilles Paissant, lançamos esta Revista Especial da Faculdade de Direito em homenagem à Cooperação entre a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidades francesas.

A Cooperação acadêmica UFRGS-França é uma das mais tradicionais e profícuas. Neste cenário, a Faculdade de Direito da UFRGS ocupa um lugar de destaque, graças aos esforços de nossos professores eméritos, a saber Clóvis do Couto e Silva, Almiro do Couto e Silva, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Adroaldo Fabrício, Plauto Faraco de Azevedo, Ivo Sefton de Azevedo e Eduardo Carrion, para citar alguns.

O saudoso Professor Titular de Direito Civil Clóvis do Couto e Silva pode ser considerado o maior líder deste esforço de cooperação, reconhecido pelo governo francês com a entrega a este nosso Professor da condecoração máxima das Palmas Acadêmicas, em 1989. O Professor Clóvis do Couto e Silva foi o fundador e idealizador de nosso Mestrado em Direito, hoje Programa de Pós-Graduação em Direito, que muito deve à colaboração acadêmica com as co-irmãs Universidades francesas.

O Prof. Dr. Clóvis do Couto e Silva, Diretor da Faculdade de Direito, co-autor do novo Código Civil de 2002¹ e um dos maiores civilistas brasileiros,² foi professor convidado da Univ. de Paris XII-Saint Maur. Na pessoa deste saudoso professor, gostaríamos de homenagear e agradecer a todos os professores da Faculdade de Direito que contribuíram e incentivaram este profícuo e decisivo intercâmbio com as Universidades francesas e a inserção internacional de nosso Programa de Pós-Graduação em Direito.

¹ Veja coletânea de sua obra, *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Véra Maria Jacob de Fradera (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. Em especial, a apresentação de Ruy Rosado de Aguiar Jr., pp. 5-8.

² Veja sobre a sua obra, publicada na França, a nota sobre seu falecimento, in FRADERA, Véra Maria Jacob de; MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Necrológio: Clóvis do Couto e Silva, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.º 1-1993, pp. 175-177. Paris, 1993. E no Brasil, a republicação, pela Fundação Getúlio Vargas, em 2007, de sua obra principal, COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976 e MARTINS-COSTA, Judith. Clóvis do Couto e Silva. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 3, pp. 239-241, 1992, republicado in *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 5, pp. 268-271, 1992.. PORTO, Sergio José. Clóvis Do Couto e Silva e o projeto de Código Civil, *Revista dos Tribunais*, Jan 2000, Vol 771, pp. 275.

Vários de nossos professores atuais, todos com atuação no Programa de Pós-Graduação em Direito, realizaram estudos de mestrado e de doutoramento na França. Nos últimos anos, vários professores da Faculdade de Direito têm recebido a honra de serem professores convidados na França, assim como para publicações e conferências naquele país. A Prof.^a Dr.^a Véra Maria Jacob de Fradera, que completou com sucesso seu mestrado sob a orientação da Prof.^a Dr.^a Helène Gaumedet-Tallon³ e doutorado sob a orientação da renomada Prof.^a Dr.^a Camille Jauffret-Spinosi,⁴ sempre na Universidade de Paris II, Panthéon-Assas, tem extensa publicação na França,⁵ tendo sido professora convidada na *Université Robert Schuman*, Strasbourg III, França (Chaire des Amériques), e constantemente para conferências e palestras na Universidade de Paris II. A Prof.^a Dr.^a Martha Olivar Jiménez, que completou com sucesso seu mestrado e doutorado na *Université Robert Schuman*, Strasbourg III, França, sob a orientação do renomado Prof. Dr. Robert Hertzog,⁶ foi professora convidada nas Universidades de Rennes I e de Strasbourg, em 2005, 2006 e 2007, inclusive na prestigiosa Chaire des Amériques, com importante publicação na Europa.⁷ Ambas as professoras orientam alunos de co-tutela na Universidade de Strasbourg.⁸

A Prof.^a Dr.^a Claudia Lima Marques, ao ministrar os seminários de Direito Internacional Privado na *Académie de Droit International* de Haia, Países Baixos, no Curso de Verão de 2003, escolheu a língua francesa⁹ e recebeu a honra de ser professora convidada das Faculdades de Direito da Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne (C.E.R.D.E.A.U.),

³ Université de Paris II, França, *L'obligation de renseignement dans les contrats*, 1994.

⁴ Université de Paris II, França, *Réflexions sur l'apport du droit comparé à l'élaboration du droit communautaire*, 2002.

⁵ Veja FRADERA, Véra Maria Jacob de. *La Partie Générale du Code Civil*. In: Arnaldo Wald; Camille Jauffret-Spinosi. (Org.). *Le Droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*. Paris: Editora da Société de Législation Comparée, 2005, e FRADERA, Véra Maria Jacob de. *La responsabilité*. In: Association Henri Capitant. (Org.). *Aspects Nouveaux, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées panaméennes*. Paris: LGDJ, 2003, v. L, p. 217-220. E na Bélgica e Suíça, em francês, a saber: FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Langue et Droit au Mercosur*. In: Erik Jayme. (Org.). *Langue et Droit*. Bruxelles: Ed. Bruylant, 2000 e FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Le rôle du droit comparé dans l'avènement du droit européen*. In: *The Role of comparative law in the Emergence of European Law* (14-15 avril 2000), 2003, Lausanne. *Revue Internationale de Droit Comparé* n.º 2, Zurich, 2000, pp. 484-486.

⁶ Université Robert Schuman, Strasbourg III, França, *La défense commerciale contre les pratiques déloyales en Droit Communautaire*, 1990.

⁷ Veja, por exemplo, JIMENEZ, M. L. O. *La compréhension du concept du droit communautaire en vue d'une véritable intégration dans le Cône Sud*. In: *Third ECSA-World Conference - The European Union in a changing world*, 1996, Bruxelles. *The European Union in a changing world*. A selection of conference papers. Luxembourg: Office des Publications officielles des Communautés européennes, 1996, v. 1, pp. 629-661.

⁸ A saber: L. F. Kygven, Doutorado, *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international*, orientadores V. M. Jacob de Fradera (UFRGS) e M. Storck (URS); Renata Silva Galdão, Doutorado, *La transposition des normes de droit international et communautaire de protection de l'environnement en droit interne: une comparaison entre les droits français et brésiliens*, orientadores M. L. Olivar Jiménez (UFRGS) e Vlad Constantinesco (URS); Francisco Augusto Pignatta, Doutorado, *La phase précontractuelle sous l'empire de la convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésiliens*, orientadores V. M. Jacob de Fradera (UFRGS) e Cl. Witz (URS).

⁹ Veja, em francês, MARQUES, Claudia Lima. *Le droit de la consommation au Brésil à l'épreuve des OGM*, in *Gastronomie, alimentation et droit - Mélanges en l'honneur de Pierre Widmer*, Institut suisse de Droit Comparé, Edit. Alberto Aronovitz, Schulhess, Zurich, 2003, pp. 285-300, *Procédure civile internationale et MERCOSUR: pour un dialogue des règles universelles et régionales*, *Revue du Droit Uniforme/UNIDROIT*, II, pp. 465-484, 2003 e *Les contrats de crédit dans la législation brésilienne de protection du consommateur*, in *Consumer Law in the Global Economy - National and International Dimensions*, Edit. Ian Ramsay, Asgate-Dartmouth, Aldershot/Brookfield, 1997, pp. 321 a 348. *Tendances récentes de la prescription extinctive en droit brésilien*, in *Extinctive Prescription - On the Limitation of Actions - Reports to the XIVth Congress International Academy of Comparative Law - Athens, Greece, 31 July - 7 August 1994*, Edit. Ewoud H. Hondius, Kluwer Law International, 1994, pp. 75-90.

em 2006 e da Universidade de Savoie, Chambéry (*Centre de Droit de la Consommation et des Obligations*), em 2008. A referida professora orienta dois alunos no regime de co-tutela com estas Universidades.¹⁰

Recentemente, vários professores de nosso Programa de Pós-Graduação em Direito e pesquisadores premiados no Salão de Iniciação Científica pela UFRGS, como a Prof.^a Dr.^a Judith Martins-Costa e Mariana Pargendler (Prêmio Jovem Pesquisador no Salão da UFRGS),¹¹ Bibiana Graeff Chagas Pinto (Destaque IC/UFRGS)¹² e Gustavo Cerqueira (CAAR-UFRGS)¹³ realizaram publicações em prestigiosas revistas francesas e estiveram visitando Universidades francesas (Professores Carlos Klein Zanini, Judith Martins-Costa, Carlos Alberto de Oliveira, Humberto Ávila, para citar alguns membros da Comissão Coordenadora do PPGDir.-UFRGS), a demonstrar a inserção internacional de nossos professores e ex-alunos. Na importante publicação da *Société de législation comparée* (*Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*), de 2005, sobre o direito brasileiro, a UFRGS fez-se presente através da participação da Prof.^a Dr.^a Vera Jacob de Fradera e apresentação da Min. Ellen Gracie (STF), nossa ex-aluna.¹⁴

Em nosso PPGDir.-UFRGS já tivemos alunos vindos da Universidade de Montpellier e, na graduação, da Universidade de Grenoble e teríamos muito prazer em receber um maior número de alunos franceses. O intercâmbio de docentes com a França também nos é muito importante e pode ser incrementado. Nos últimos anos estiveram ministrando aulas e conferências na UFRGS os seguintes professores franceses: Camille Jauffret-Spinosi (Univ. de Paris II - Panthéon-Assas), Catherine Flaesch-Mougin (Univ. de Rennes I), Etienne Picard (Univ. de Paris II), François Chabas (Univ. de Paris II - Panthéon-Assas), Gilles Paisant (Univ. de Savoie - Chambéry), Jacqueline Morand-Deville (Univ. de Paris I - Panthéon-Sorbonne), Joël Lebullenger (Univ. de Rennes I), Philippe Ardant (Univ. de Paris II - Panthéon-Assas), Pierre Le Mire (Univ. de Paris I).

Assim, esta edição especial vem dividida em cinco seções. A primeira parte é dedicada a disseminar, no Brasil, ainda mais o pensamento jurídico francês, trazendo traduções inéditas realizadas pelo Grupo de Pesquisa CNPq “Mercosul e Direito do Consumidor”, sob a liderança da Prof.^a Dr.^a Claudia Lima Marques, dos seguintes autores: Jacqueline Morand-

¹⁰ A saber: Bibiana Graeff, Sorbonne, *L'organisation et les modalités d'exécution des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau. Etude comparée en droit français et en droit brésilien*, orientadoras Jacqueline Morand-Deville (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) e Cláudia Lima Marques (UFRGS) e Wellerson Miranda Pereira, Savoie, *Les contrats bancaires et la protection des consommateurs. Étude de droit comparé franco-brésilien*, orientadores C. Lima Marques (UFRGS) e Gilles Paisant (Université de Savoie, Faculté de Droit de Chambéry).

¹¹ Veja MARTINS-COSTA, Judith; SOUZA PARGENDLER, Mariana. *Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêt punitifs et le droit brésilien)*, RIDC, n.º 4, pp. 1145-1184, octobre-décembre 2006.

¹² Veja Pinto, Bibiana G.C. *Le nouveau cadre juridique des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau et les droits fondamentaux : réflexions en droit comparé français et brésilien*. In: *Petites Affiches*, v. 98, pp. 4-13, 2007.

¹³ Veja AGUILAR VIEIRA, Iacyr de; VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, Gustavo. *L'influence du Code de commerce français au Brésil Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807*, RIDC, n.º 1, pp. 27-78, janvier-mars 2007 e VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, Gustavo. *La Conférence de la Haye de droit international prive. Une nouvelle voie pour Le développement Du droit international privé des Organisations régionales d'intégration économique*, in *Rev. dr. unif.* 2007, p. 1-37.

¹⁴ Veja WALD, Arnoldo; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (dir.). *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Institut brésilien de droit comparé et Société de législation comparée, 2005.

Deville e Horatia Muir-Watt (Univ. de Paris I), Geneviève Pignarre, Gilles Paisant, Sébastien Pimont (Univ. de Savoie-Chambéry) e Michel Boudot (Univ. de Poitiers).

A segunda parte é composta de textos inéditos e projetos de cooperação, eventos e pesquisa de Professores da UFRGS, Martha Olivar Jiménez, Claudia Lima Marques, Augusto Jaeger Jr. e dos professores substitutos, William Smith Kaku e Fábio Morosini, em português e francês. A parte terceira contém textos de nossos ex-alunos e alunos atuais da UFRGS apresentados e publicados na França. A parte quarta é composta de testemunhos e relatos de estada de estudantes da UFRGS na França e de estrangeiros na UFRGS. A parte cinco é composta de textos de alunos estrangeiros sobre o Direito do Consumidor brasileiro e relatos sobre estágio em instituições de defesa do consumidor no Brasil e relato sobre um projeto piloto com alunos do PPGDir.-UFRGS de estudo do modelo francês de prevenção e tratamento do superendividamento do consumidor.

Com esta singela publicação, desejamos iniciar os preparativos de nossas homenagens para o “Ano da França no Brasil (2009)”, com a publicação dos Anais deste prestigioso Colóquio sobre Direito do Consumidor e do livro em homenagem à Prof.^a Dr.^a Jacqueline Morand-Deville, dentre outras.

Neste sentido gostaríamos de agradecer à Universidade de Savoie-Chambéry, na pessoa do seu Diretor honorário, Prof. Gilles Paisant, o apoio recebido para a organização deste importante colóquio internacional, assim como aos nossos professores da UFRGS, Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Min. Ari Pargendler e Min. Teori Zavascki (Superior Tribunal de Justiça), e ao organizador do Curso de Especialização em Direito Ambiental Nacional e Internacional da UFRGS e discente do PPGDir.-UFRGS, Min. Antônio Herman Benjamin, pela decisiva ajuda. Ainda gostaríamos de agradecer aos nossos patrocinadores desta edição e do colóquio, em especial ao Consulado Francês honorário de Porto Alegre, na pessoa de seu cônsul honorário Dr. Roner Guerra Fabris.

Por fim, gostaríamos de agradecer aos revisores desta edição especial, à Bibliotecária Naila Toguinha Lomando e à Assistente em Administração, Ades Teresa Sanchez y Vacas, e aos alunos do Grupo de Pesquisa CNPq “Mercosul e Direito do Consumidor” e do UFRGSMUN - UFRGS Model United Nations 2008 pelo apoio. Assim como agradecer aos seus organizadores acadêmicos, Doutorando Andrea Marighetto, Mestranda Simone Backes e Acadêmico Marcelo Boff Lorenzen.

Esperamos, com esta edição especial, contribuir para o aperfeiçoamento da cooperação acadêmica UFRGS-França e com a inserção internacional de nossa Faculdade de Direito e Programa de Pós-Graduação em Direito.

Sérgio José Porto

Diretor da Faculdade de Direito

Carlos Silveira Noronha

Diretor da Revista da Faculdade de Direito da UFRGS

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS

Edição Especial em Homenagem à Cooperação Acadêmica UFRGS-França

ÍNDICE

PARTE I – Contribuições de Professores Franceses

1.1 <i>Jacqueline Morand-Deville – Univ. de Paris I - Panthéon-Sorbonne, Doyen honoraire</i> O serviço público francês: em busca de uma ética perdida	11
1.2 <i>Horatia Muir-Watt – Univ. de Paris I - Panthéon-Sorbonne</i> Conflito de leis em mercados integrados e interconectados: uma questão de economia política	22
1.3 <i>Geneviève Pignarre - Univ. de Savoie-Chambéry</i> O que resta dos bons costumes no direito dos contratos? "Quase nada ou quase tudo?"	49
1.4 <i>Gilles Paisant - Univ. de Savoie-Chambéry, Doyen honoraire</i> O Código do consumo e o anteprojeto de reforma do direito das obrigações. Que influência e que harmonização?	70
1.5 <i>Gilles Paisant - Univ. de Savoie-Chambéry, Doyen honoraire</i> Ensaio sobre o tempo nos contratos de consumo	76
1.6 <i>Sébastien Pimont - Univ. de Savoie-Chambéry</i> A garantia de conformidade: variações francesas quanto à preservação das particularidades nacionais e à integração comunitária	103
1.7 <i>Michel Boudot - Univ. de Poitiers</i> As marcas de Savigny na doutrina civilista	115

PARTE II – Contribuições de Professores da UFRGS

2.1 <i>Martha Lucia Olivar Jiménez</i> Projeto CAPES-COFECUB de Cooperação UFRGS - Univ. de Rennes I, França União Européia e Mercosul: convergências e divergências entre parceiros em transformação	130
2.2 <i>Cláudia Lima Marques</i> Les leçons de la réunion préparatoire de Porto Alegre pour la Conférence Spécialisée de Droit International Privé - CIDIP VII - sur la protection des consommateurs et des négociations subséquentes	136
2.3 <i>Augusto Jaeger Junior</i> Ensino Jurídico na América Latina	168
2.4 <i>Fabio Morosini</i> A Arbitragem Comercial como Fator de Renovação do Direito Internacional Privado Brasileiro dos Contratos	192
2.5 <i>William Smith Kaku</i> O pensamento epistemológico-sociológico francês de Pierre Bourdieu: possibilidade de sua aplicação na integração internacional	216

PARTE III – Textos de Alunos da UFRGS na França

3.1 <i>Gustavo Vieira da Costa Cerqueira</i> Les rapports entre les Facultés de Droit de l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul et de l'Université Robert Schuman de Strasbourg : un exemple de collaboration fructueuse entre le Brésil et la France	252
3.2 <i>Bibiana Graeff Chagas Pinto</i> Le nouveau cadre juridique des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau et les droits fondamentaux: réflexions en droit comparé français et brésilien	260
3.3 <i>Iacyr de Aguiar Vieira</i> La formation du contrat de vente de marchandises en droit Brésilien, en droit Français et dans la Convention de Vienne de 1980	276
3.4 <i>Wellerson Miranda Pereira</i> "Pourquoi protéger les consommateurs?" Analyse comparative entre les systèmes socio-économiques et juridiques européen et brésilien	311

PARTE IV – Relatos de Estada de Estudantes na França e no Brasil

4.1 <i>Bibiana Graeff Chagas Pinto - Doutoranda em co-tutela UFRGS-Sorbonne</i> Confluências	358
4.2 <i>Wellerson Miranda Pereira - Doutorando em co-tutela UFRGS-Savoie-Chambéry</i> "Plano: França. Plano francês?!"	361
4.3 <i>Simone Regina Backes - PPGDir-UFRGS, Mestranda em Savoie-Chambéry</i> A Universidade de Savoie em Chambéry	365
4.4 <i>Helena Lobato da Jornada - Graduação na UFRGS com estágio na Univ. de Rennes</i> Relato da experiência de intercâmbio acadêmico na França	367
4.5 <i>Gustavo Meira Carneiro – Graduação na UFRGS com estágio na Univ. de Rennes</i> Relato da experiência de intercâmbio acadêmico na França	369
4.6 <i>Étienne Chénier-Lafleche - UQAM, estágio na Fac. de Direito da UFRGS</i> En route vers un partenariat UFRGS - UQAM : impressions et observations	371
4.7 <i>Milena Castellnou - Univ. de Grenoble, um semestre na Fac. de Relações Internacionais da UFRGS e estágio de pesquisa na Fac. de Direito da UFRGS</i> Institut d'Etudes Politiques de Grenoble	373
4.8 <i>Mikaela Kärki - Univ. de Helsinki, estágio na Fac. de Direito da UFRGS</i> Exchange studies in Porto Alegre	375

PARTE V – Textos e Pesquisas sobre Direito do Consumidor no Brasil

5.1 <i>Étienne Chénier-Lafleche - UQAM, Canadá</i> Le système brésilien de protection et de défense du consommateur	376
5.2 <i>Hughes Brisson - UQAM, Canadá</i> Rapport de stage au groupe de recherche sur le Mercosul et les droits des consommateurs-UFRGS	387
5.3 <i>Káren Rick Danilevicz Bertoncello et Clarissa Costa de Lima - Magistrats</i> Concilier est légal (CNJ) - Le profil du consommateur surendetté et le projet-pilote du pouvoir judiciaire brésilien	391

O SERVIÇO PÚBLICO FRANCÊS: EM BUSCA DE UMA ÉTICA PERDIDA¹

Jacqueline Morand-Deviller

O tema dos serviços públicos é uma das questões mais enfrentadas pela jurisprudência e mais exploradas pela doutrina no direito francês, interesse suscitado pelo lugar central e determinante que o assunto ocupa neste direito e pela sua dimensão conceitual particularmente sedutora.

O serviço público “*à la française*” está em crise, e não pela primeira vez. A crise atual é, sem dúvida, mais grave que as do passado, pois é geral, trazida pela borrasca da liberalização e da privatização. Ela afeta seus fundamentos, seu conteúdo, seus modos de gestão, enquanto que as outras crises eram nacionais e limitadas a uma melhor identificação do conceito e de seu campo de aplicação.

Essa crise tem como origem a ignorância pela União Européia da noção de “serviço público”, conceito finalista, demasiadamente abstrato, ao qual ela prefere a noção pragmática, operacional de “serviço de interesse econômico geral”.

Toda crise é salutar, incita à reflexão sobre suas causas e anuncia um renascimento sobre novas bases. Essas breves observações dedicar-se-ão a rememorar as razões da expansão da noção de serviço público no direito francês, as quais são de ordem política, tanto de um ponto de vista ideológico: o mito do serviço público, quanto de um ponto de vista jurisprudencial: a estratégia do Conselho de Estado para estender o campo de sua competência (I). O mito sofreu em função desse sucesso desmedido, e sua dimensão ética se obscureceu, se é que não se perdeu, o que corresponde à situação atual (II). Porém, tal qual uma fênix que renasce de suas cinzas, a ética do serviço público não pode nem deve desaparecer, podendo ainda ser útil, em prol das sociedades e dos homens, como o foi em suas origens (III).

I - Um mito fundador: ética e política

O serviço público “*à la française*” tem uma dimensão finalista e operacional, pois corresponde, ao mesmo tempo, a um engajamento político ideológico e a uma tomada de posição da jurisdição administrativa, que poderíamos qualificar de “política jurisprudencial”.

1 - Solidarismo e socialismo

A concepção francesa do serviço público é, antes de tudo, de ordem política. Inscreve-se em uma *aspiração republicana solidarista* e apresenta-se como um “mito mobilizador”,

¹ Artigo originalmente publicado na França. Tradução livre de Bibiana Graeff Chagas Pinto, gentilmente revisada pela autora. Colaboraram também para a tradução os alunos Daniel do Amaral e Luciana Goulart Quinto, integrantes do grupo de pesquisa CNPq “Mercosul e Direito do Consumidor”, coordenado pela Prof.^a Dr.^a Cláudia Lima Marques.

segundo a expressão de um autor injustamente subestimado: Georges Sorel.² O propósito que sustentava Maurice Hauriou, opondo centralização e descentralização, a primeira mais “econômica e ágil”, mas irresistivelmente superada pela descentralização, em termos de aspiração política, aplica-se de maneira bem adequada à oposição atual entre a lei liberal do mercado (que garantiria uma gestão mais “hábil e eficaz” e legitimidade tecnocrática) e uma necessidade de solidariedade social e de legitimidade democrática, incarnada pelo serviço público. A finalidade primordial do serviço público é democrática, deve responder não somente às necessidades, mas aos Direitos do Homem.

Para compreender a importância do serviço público na sociedade e no direito francês, é preciso procurar suas origens. A aparição da noção pode ser fixada com exatidão. Ela é descoberta no final do século XIX, forjada por juristas, mais precisamente por aqueles que representam, ao mesmo tempo, a jurisprudência e a doutrina do direito público: os membros do Conselho do Estado.

A partir de construções intelectuais de grande sutileza, eles perseguiram, incansavelmente, um objetivo preciso: solidificar o papel ainda frágil do Conselho de Estado enquanto juiz autônomo, assegurando-lhe um vasto campo de competência, através da ampliação do Direito Administrativo³. A razão de ser do serviço público é, em suas origens, o papel funcional e operacional que lhe é confiado pela jurisprudência.

Essa consagração só foi possível porque o conceito abraçava *fortes aspirations sociales*. No final do século XIX, vê-se a ascensão dos partidos socialistas e comunistas na Europa e do sindicalismo em torno das lutas em favor da justiça e da igualdade social. Reivindica-se direitos “reais”, mas estes precisam de direitos abstratos para justificar sua consagração, e o serviço público passa a servir de elo. A doutrina universitária segue essa linha de pensamento, e uma “Escola do serviço público” faz a glória da Faculdade de Direito de Bordeaux e de seu decano, Léon Duguit. Esses avanços permitem uma redefinição do Estado e de seu papel: um *Estado-Providência*, fornecedor de prestações a serviço da solidariedade social, imagem mais persuasiva e legitimadora que a do Estado tradicional, que prescreve e regulamenta autoritariamente.

Embora o outro pilar sob o qual se apoia o Direito Administrativo, o *critério da puissance publique*⁴ (critério dos meios), conserve toda a sua importância, ele é substituído, e mesmo superado, pelo critério do serviço público (critério dos fins), apresentado como mais consensual, generoso, unificador. Através deste, o Direito se magnifica em dever, os privilégios

² Georges Sorel (1847-1922), engenheiro civil convertido ao combate em favor da classe operária, apresentara em seu livro mais conhecido “*Réflexions sur la violence*” (1908), a greve geral como um mito suscetível de mobilizar a opinião pública em favor das causas sociais.

³ Ver “*Le Conseil d’Etat et la fondation de la justice administrative au XIX^{ème} siècle*”, Textos reunidos e apresentados por Bernard Pacteau, PUF Léviathan, 2003.

⁴ NT: A *puissance publique* é um dos critérios originários de identificação da competência da jurisdição administrativa na França. “Ao longo do século XIX, deduz-se uma orientação, sistematizada pela doutrina, que repousa na distinção entre os atos de autoridade, onde se manifestam as prerrogativas de poder público (*puissance publique*) da administração, e os atos de gestão, executados por ela nas mesmas condições que os particulares. Os primeiros requerem a competência do juiz administrativo, os segundos a do juiz judiciário. Essa distinção não perdeu todo o seu interesse, mas foi, no início do séc. XX, superada pela noção de serviço público, que, como será constatado posteriormente, a completa e a enriquece sem fragilizá-la.” MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de Droit Administratif*, p. 16.

se prolongam em responsabilidades. *Alpha e omega* do Direito Administrativo, o serviço público dá ao Estado coerência e unidade e traz à gestão pública uma presunção de eficácia econômica e social.

A noção declina-se no plural, e os *serviços públicos* ilustram um amálgama entre estruturas e finalidade. Eles multiplicam-se, e esta profusão tem como origens, por um lado, uma mutação do Estado, que passa a se engajar cada vez mais na vida econômica (revolução industrial), nas causas sociais (luta contra as desigualdades) e nas questões culturais (desenvolvimento da educação e da cultura), e, por outro lado, um *intervencionismo das coletividades locais*⁵, inicialmente bastante restrito, na medida em que a falência da iniciativa privada devia ser constatada previamente, sendo esta, posteriormente, encorajada com o desenvolvimento das concessões de serviço público.

2 - Uma política jurisprudencial

No final do século XIX, o Conselho de Estado é, em direito, apenas o *conselheiro do governo*, encargo que lhe é confiado pela Constituição napoleônica do ano VIII, segundo a vontade do imperador de se cercar de um corpo de técnicos do direito de alto nível, como na tradição dos Legistas do Antigo Regime. Fora preciso um século para que ele conquistasse sua *autonomia enquanto órgão julgador*, a qual obteve do Legislador em 1872⁶. Se a justiça lhe era “*delegada de fato*”, permanecia “*retida de direito*”, podendo o ministro dar a última palavra. Um século a mais será necessário para que sua qualidade de alta jurisdição administrativa seja *constitucionalizada* (decisões do Conselho Constitucional de 1980 e 1987).

Essa sobrevivência do Conselho de Estado, apesar da fragilidade de seu estatuto de *juiz*⁷, é significativa da importância do lugar ocupado por uma instituição que é também uma *especificidade francesa*. Tornando-se *órgão jurisdicional* em 1872, o Conselho de Estado carecia ainda de precisão em relação a sua competência: era preciso definir o campo de aplicação do Direito Administrativo. Surge, então, o serviço público.

Um ano após a consagração da autonomia jurisdicional do Conselho de Estado, o primeiro julgado fundador interveio: a célebre decisão “*Blanco*”⁸, que, para decidir que a responsabilidade da Administração tem suas regras especiais e sua jurisdição particular, funda esta especialidade sobre o exercício de uma *missão de serviço público*.

Posteriormente, e de forma muito veloz, os “grandes julgados” se sucedem, vindos do Conselho de Estado e do Tribunal de conflitos, e o serviço público torna-se, a exemplo da *puissance publique*, o principal critério de reconhecimento do Direito Administrativo e de

⁵ NT: Na França, as coletividades locais, ou coletividades territoriais, são: os municípios, os departamentos, as regiões e os territórios.

⁶ Lei de 24 de maio de 1972, art. 9: “*Le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative*”. O diploma também cria o Tribunal de conflitos, composto em número igual de conselheiros de Estado e de conselheiros da Corte de cassação, encarregado de arbitrar os conflitos de competência entre as duas ordens de jurisdição.

⁷ Uma lei poderia ter suprimido seu caráter jurisdicional, enquanto que o seu *statut* de consultor do governo fora, desde a origem, constitucionalizado.

⁸ *Tribunal des conflits*, 8 de fevereiro de 1973: “*La responsabilité qui peut incomber à l'Etat... par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public... a des règles spéciales qui varient selon les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés*”.

competência do juiz administrativo, assim como dos contratos administrativos do Estado e das coletividades locais⁹. As conclusões do *commissaire du Gouvernement*¹⁰ da época são inequívocas: “Tudo o que concerne a organização e o funcionamento dos serviços públicos gerais ou locais... constitui uma operação administrativa, que é, por sua natureza, do domínio da jurisdição administrativa”¹¹.

Não se poderia ser mais peremptório: como identificar a presença de um serviço público ou de uma operação administrativa? Os critérios de reconhecimento continuarão necessariamente vagos.

Mas o sucesso convoca ao excesso, e as “crises” assolam o serviço público, não em sua dimensão ideológica, que permanece sempre enraizada na mentalidade francesa, mas em sua gestão e seu papel funcional.

II - O descomedimento: a ética perdida

O rápido desenvolvimento do serviço público será, ao mesmo tempo, sua fraqueza. Demasiadamente invasivo e seccionado, esse pilar do direito público vê seus fundamentos abalados. Excessivamente autoritário, despoja-se de seus princípios primordiais, perde sua neutralidade e torna-se, segundo alguns, uma ameaça para as liberdades fundamentais, sobretudo econômicas. O colosso tem pés de argila. Reina como mestre, enquanto deveria reencontrar sua vocação primeira, de servidor.

1º Colosso...

A *idade de ouro do Direito Administrativo*, na primeira metade do século XX, corresponde à *idade de ouro do serviço público*. É que estas duas noções são intimamente ligadas. O serviço público é a “pedra angular do Direito Administrativo”, cujo domínio é por aquele estendido. Essa vocação repousa sobre o duplo caráter do serviço público, que é, ao mesmo tempo, *abstrato* - prestando-se unicamente a uma definição pouco precisa de *atividade de interesse geral* - e *global* - constituindo ao mesmo tempo finalidade, domínio de intervenção e estrutura administrativa, amálgama que incentiva as interações e o enriquecimento mutual. É porque as finalidades se desenvolvem que o campo de aplicação se amplia e que as estruturas se multiplicam. E esse crescimento conduz a uma situação artificial e paradoxal. O bloco monolítico, unificado em aparência, camufla uma extraordinária diversidade, e o ordenamento rigoroso em torno de um conceito, transformado em *figuração jurídica*, cobre uma grande desordem.

⁹ Conseil d'Etat, 6 de fevereiro de 1903, “*Terrier*” e 4 de março 1910, “*Thérond*”.

¹⁰ NT: “Comissários da lei e do direito, os *commissaires du Gouvernement* exercem um papel próximo àquele assumido pelos representantes do ministério público frente às jurisdições judiciárias, cuja missão não é julgar, mas defender o interesse geral, ‘a ordem pública’ e de ‘requerer a aplicação da lei’. Eles se exprimem por último nas audiências, pois a eles cabe fazer o resumo, a conclusão, do direito em causa. Assistem a deliberação mas não participam dos votos.” MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Op. Cit.* p. 657.

¹¹ Conclusões de Jean Romieu sobre a decisão “*Terrier*” pré citada.

A finalidade de interesse geral é, por natureza, de tal generosidade, que o serviço público não conhece quase nenhum limite. A elevação de uma atividade à categoria de serviço público segue a progressão das mentalidades e das estruturas sociais, e a “mutabilidade” é uma das leis do serviço. Em uma decisão de 1916, a atribuição da qualidade de serviço público é recusada para as atividades teatrais – mais perigosas para a “moralidade pública”, como escrevera desastrosamente Maurice Hauriou, que o consumo do tabaco.¹² A jurisprudência evoluirá rapidamente e, em nome do serviço público cultural e dos lazeres, chegará a reconhecer aos cassinos o exercício de uma missão de serviço público¹³, sem, no entanto, ir até o ponto de atribuir este “selo” nem às corridas de cavalo, nem aos jogos de sorte. A evolução avança sempre no sentido da expansão e, às vezes, os meios justificam os fins, como no caso do reconhecimento de um serviço público para a concessão de espaços litorâneos a particulares, com o objetivo de lhes submeter à um procedimento concorrencial, embora a locação de colchões e as atividades de restauração destas concessões não correspondam propriamente a uma missão de serviço público. O critério é tão impreciso, que o “selo”, às vezes, parece atribuído discrecionariamente, quase que por inadvertência.

Aliás, esse selo é dado generosamente a atividades fortemente marcadas pelo direito privado. Constatase, simultaneamente, a *proliferação dos serviços públicos industriais e comerciais de gestão privada* e a freqüente *assunção de missões de serviço público por pessoas privadas*. A noção de parceria público-privado é tão velha quanto o nascimento dos Estados, e o velho sistema de concessão, durante muito tempo limitado aos trabalhos públicos e ao domínio público, adaptou-se facilmente ao serviço público, o que provocou a sua irredutível expansão, sendo imitado por outras *estruturas privadas*: ordens profissionais, federações esportivas... estas também chamadas a gerir serviços públicos. A predição feita no momento da identificação dos *serviços públicos industriais e comerciais* (SPIC) pelo célebre julgado do Tribunal de conflitos, de 22 de janeiro de 1921, dito “Bac d'Eloka”¹⁴, segundo a qual tais serviços continuariam sendo excepcionais, revelar-se-á completamente errônea.

Quando essa privatização ameaça atingir o domínio reservado ao Juiz administrativo, o Conselho de Estado reage com firmeza e, em 1955-1956, três “grandes decisões” dão, novamente, ao serviço público um papel primordial como critério de reconhecimento dos *contratos administrativos*¹⁵, do *domínio público*¹⁶ e das *obras públicas*¹⁷, reforçando consideravelmente o campo de aplicação do Direito Administrativo e o papel da jurisdição administrativa. O serviço público, assim revigorado, reencontrará uma nova juventude, sem que sua “dupla face”, ou sua “face invertida”¹⁸ perturbem excessivamente.

¹² Em suas notas sobre a decisão *Conseil d'Etat*, 1916, “Astruc”, Maurice Hauriou, ilustre mestre de Toulouse, estima que o teatro apresenta o inconveniente “de exaltar a imaginação, de habituar os espíritos à uma vida factícia e fictícia, em grande detrimento da vida séria, e de excitar as paixões de amor, que são tão perigosas que as do jogo e da intemperança”.

¹³ *Conseil d'Etat*, 5 de fevereiro de 1966, “Ville de Royan”.

¹⁴ Dando competência ao juiz judiciário para os “serviços explorados nas mesmas condições que um industrial ordinário”, o Tribunal dos conflitos manifestava a hostilidade dos liberais da época à intervenção dos poderes públicos na atividade industrial e comercial e subentendia que esta intervenção devia permanecer excepcional. O futuro desmentiria este prognóstico arriscado.

¹⁵ *Conseil d'Etat*, 20 de abril de 1956, “Epoux Bertin”.

¹⁶ *Conseil d'Etat*, 19 de outubro de 1956, “Société Le Béton”.

¹⁷ *Tribunal des conflits*, 28 de março de 1955, “Effimieff”.

¹⁸ Essas expressões são utilizadas em relação aos estabelecimentos públicos, seja abusivamente qualificados de estabelecimento

2 - ... com pés de argila

Esse descomedimento trouxe com ela os germes de uma degeneração, que fez com que a crise alcançasse todos os aspectos do serviço público, finalista, material e orgânico. A inutilidade funcional sucede, então, à anterior utilidade.

Nos anos 50, os mestres do Direito Administrativo eram unânimes em denunciar a importância da *crise do Direito Administrativo francês*¹⁹ provocada pela crise do serviço público: “Francamente, não se sabe mais ao que correspondem as noções ditas fundamentais do Direito Administrativo... quem pode dizer exatamente o que é um estabelecimento público, um organismo público, um serviço público?”, escrevia André de Laubadère em artigo publicado em 1952. E Marcel Waline foi além: “Alguns falam de declínio ou de crise da noção de serviço público (Rivero, Morange), e outros chegam a denegar qualquer alcance à essa noção (Vedel, Eisenmann), enquanto M. de Laubadère parece se declarar fiel à mesma, somente em respeito à memória de Duguit e Bonnard”.²⁰ Após a Segunda Guerra Mundial, a França se serve de um direito complacente para assegurar a dominação de operadores, de estrutura pública ou privada, controlados pelos poderes públicos e beneficiando de evidentes privilégios. Essa interdependência se constata também em nível local, como para as sociedades de economia mista de organização urbana, sustentadas indiretamente pelo orçamento municipal.

O fluxo e o refluxo das *nacionalizações* e das *privatizações* não causava nenhuma grande mudança²¹. Que a estrutura fosse pública ou privada, as grandes empresas públicas, tais como *Electricité de France* (EDF), *Gaz de France* (GDF), *Société des chemins de fer français* (SNCF), *Air France*, la Poste e as *Télécommunications*, categoria multiforme incapaz de se dotar de um estatuto, beneficiavam de vantagens certas, ameaçando inflectir os princípios tradicionais de igualdade e da neutralidade. As obrigações de serviço público se atenuam, enquanto as vantagens permanecem: ausência de riscos financeiros, pois o Estado ou as coletividades locais, em nome da continuidade do serviço, socorrem o operador quando necessário; situação confortável dos agentes que, sem serem funcionários, beneficiam da estabilidade de emprego e de vantagens de carreira e remuneração; *rentes de situation*²² na obtenção de mercados, do fato da ausência de competição.

Os princípios do serviço público e sua ética emaranham-se cada vez mais, e o que fazia sua grandeza tende a se atenuar. A noção banaliza-se a tal ponto, que sua presença não mais é suficiente para designar a competência do juiz administrativo, sendo preciso, além disso, que a *gestão do serviço* seja derogatória do direito comum, ou seja, que revele a existência de *prerrogativas de poder público*: o bom e velho pilar tradicional retorna com toda a força, se

público administrativo (EPA) enquanto que se trata de um estabelecimento industrial e comercial (EPIC), seja, ao mesmo tempo, EPA e EPIC, segundo a natureza das missões exercidas.

¹⁹ A. de Laubadère, “Réflexions sur la crise du droit administratif français”, Dalloz, Chron. II, 1952, p. 5.

²⁰ M. Waline, de jurisprudência, RDP 1954, p.178.

²¹ Três grandes ondas de nacionalizações se sucederam em 1936, 1945 e 1982. Em 1985, o setor público industrial e comercial nacionalizado compreendia 643 sociedades. Empregava 24% dos salarizados, garantia aproximadamente 40% dos investimentos e 20% das explorações. As privatizações passaram a ocorrer massivamente após as leis de 1986, 1993, 1997.

²² NT: Uma *rente de situation* é uma vantagem obtida graças à ocupação de uma situação privilegiada ou estratégica.

ousamos afirmá-lo, e a função unificadora do serviço público desaparece. A noção se despedaça, seu reconhecimento torna-se *subjetivo*. Procura-se a intenção da autoridade criadora do serviço, fiando-se em “indícios”²³, necessariamente aproximativos.

Outra crítica desenvolve-se, pela qual esses privilégios que beneficiam os serviços públicos conduziriam à *ineficácia da gestão pública*, rigidezes burocráticas, *rentes de situation*, ausência de responsabilidade. Deveres públicos excessivos fragilizariam o poder público.

Ineficaz e dispendioso, o serviço público é também acusado de ser “*liberticida*”, sua expansão ameaçando a iniciativa individual e transformando os usuários em assistidos passivos e subjugados. As vantagens derivam ao ilícito, especialmente quando da conclusão das delegações de serviço público, e o intitulado de uma lei evoca expressamente o fato de corrupção²⁴. A ética parece perdida.

Se a *primeira crise* tem como origem, por um lado, o *imbróglho* entre as estruturas e os regimes, misturando-se, de maneira desordenada, o direito público e o direito privado e, por outro lado, a maior incidência do direito privado na gestão dos negócios públicos, a *segunda crise* poderia ser mais longa e perigosa, pois não pode ser regrada “entre casa”, ou seja, no âmbito francês.

A ofensiva vem da *União Européia*. Sabe-se que o conceito de “serviço público” é invocado apenas de maneira incidental no Tratado²⁵ e que é ignorado pelo projeto de Constituição européia. O conceito parece perigoso, em razão de sua abstração lírica e dos privilégios que ele outorga, os quais ferem os princípios da livre concorrência e da igualdade.

São visados sobretudo os grandes serviços em rede: energia, transportes, telecomunicações, dotados na França de uma posição monopolística e que, segundo as instâncias comunitárias, se adaptam mal às exigências do Tratado. O Direito Comunitário acolhe a noção de “*serviços de interesse econômico geral*”, termo destinado a substituir o de serviço público, e que admite derrogações às regras da livre concorrência, justificadas pela missão particular destes serviços, mas estritamente limitadas e controladas.

O que resta, então, do conceito globalisante, unificador, mobilizador, ator, cujo direito francês podia se orgulhar? *A Europa comunitária anunciaria o fim da concepção francesa do serviço público?* Estaria o bloco europeu questionando o conceito ou apenas vilipendiando certas formas de ação pública que conduzem a abusos de posição dominante, as quais o recurso à finalidade de serviço público permitia camuflar? A ética do “serviço público à francesa” desapareceu definitivamente?

III - O mito mobilizador: a ética reencontrada

O serviço público deve reencontrar o *élan ideológico* que o sustentava em suas origens. Deve permanecer um conceito, uma *ficção jurídica* cada vez mais necessária para o contrapeso à ausência de idealismo espiritual da competição econômica, que se instalou com vigor. Se

²³ No julgado “Narcy”, de 28 de junho de 1963, o Conselho de Estado realça três “indícios”, que permitem a qualificação de um serviço público: uma missão de interesse geral, prerrogativas de poder público, um direito de controle da administração sob as modalidades de execução da missão.

²⁴ Lei de 29 de janeiro de 1993, relativa à prevenção da corrupção e à transparência da vida econômica e dos procedimentos públicos.

²⁵ Artigo 73 do Tratado de Roma, em relação aos transportes. Posteriormente, não há outra referência ao “serviço público”.

toda ambição tem seus méritos, a do serviço público “*à la française*” é de outra ordem que a da ambição econômica, cujo sucesso se manifesta por balanços econômicos, onde a conquista de mercados impõe a qualidade dos produtos e dos serviços, a criação de empregos. A ambição econômica não pode se dar ao luxo - caro e arriscado demais - da gratuidade, da assistência desinteressada, da gestão da perda em nome do bem comum, luxo que o serviço público pode se permitir, com a condição de que não saia de seu território.

Mas embora suas finalidades sejam diferentes, o recurso a outras modalidades de gestão de boa performance se impõe em ambos os casos. O modelo da gestão privada pode servir à causa do serviço público, e foi salutar que os privilégios, advindos da organização de serviços que de públicos só tinham o nome, tenham sido afastados pelas exigências comunitárias, obrigando a França a se inspirar do sistema da boa governança e da regulação.

I - O bem comum contra a ditadura de interesses privados

Exposto à influência de Bruxelas, o serviço público teve que se adaptar às exigências do liberalismo, escolha política e econômica. Esta escolha política, que se apoia essencialmente em objetivos econômicos, esse novo “mito”, que faz repousar a paz sobre a prosperidade *não é exempta de riscos*: o da lei impiedosa do mercado, do peso dos interesses particulares, dos perigos para a igualdade e a solidariedade social. A economia uma ciência irremediavelmente relativa, do fato de sua variabilidade, enquanto que o direito *precisa de estabilidade e de certezas*, e a revolta contra um interesse geral posto “a todos os temperos” deve se acompanhar da desconfiança em relação a uma ditadura dos interesses privados. A revolta contra uma conceitualização global, julgada artificial em excesso, não pode excluir o receio de uma *atomização do direito e de uma desordem*, bem mais temerosa que a primeira, em razão da multiplicação dos centros de decisão e do desenvolvimento das situações derogatórias, em nome da diversidade.

O *direito necessita de ordem*, e a ordem foi, durante muito tempo, aquela de um *Estado moderno*, que não tinha nenhuma razão de ser modesto, tal qual celebrava Jean Bodin em seus “*Six livres de la République*” (1576), ordem arranjada ao conceito de soberania, o qual - republicano (*res publica*) - se afirmava contra a *potestas* do Imperador, a *auctoritas* do Papa e os mesmembramentos da Feudalidade. Nessa época, o Estado não é considerado como uma ameaça, mas como liberação. A ordem, no seio do Estado, repousa sobre poderes de coerção impostos aos indivíduos, e o primeiro critério do Direito Administrativo, o de *puissance publique*, é o herdeiro direto do *imperium* do Direito Romano; poder público à serviço da segurança pública, Estado que a Revolução sublima em Nação, Estado fator de liberdade, *Estado protetor contra a ditadura dos interesses privados*. Enfim, a ordem jurídica tem suas facetas multiformes: tanto pode ser obrigação para os cidadãos e liberdade para o poder, quanto liberdade para os primeiros e obrigação para o segundo. Essa questão está no centro dos debates atuais.

A promoção do serviço público é intimamente ligada a uma mudança de concepção do papel do Estado: quando o Estado-Providência alcança o Estado-Militar. Trata-se, nem mais nem menos, de um retorno à finalidade do “*bem comum*”, caro à Aristóteles e à Tomás de Aquino, retomado posteriormente tanto pelas ideologias de direita, que pelas de esquerda, o que bem prova sua universalidade. O interesse geral, que define a atividade do serviço

público, é um componente desse bem comum, e isso não poderia ser negado pelos defensores do liberalismo. O verdadeiro problema são a *fronteira* e os *métodos* a serem colocados em prática.

Nem tudo é bem comum, e nem tudo é serviço público. Não se trata de traçar limites aos serviços públicos tradicionais: Justiça, Defesa nacional, Polícia, Educação, Saúde, estes, que custam caro e rendem pouco. O que é preciso, é evitar uma *invasão excessivamente larga da finalidade econômica às custas da finalidade política*. Preservar os cidadãos da ditadura dos interesses privados, é os proteger contra as leis implacáveis da competição econômica: rentabilidade, lucro, competição, vitória contra os concorrentes, liberdade (preferida à igualdade). O serviço público não serve apenas a interesses econômicos, suas finalidades vão muito além. Ele nunca busca exclusivamente o lucro, e, mesmo, com muita frequência, prioriza sua missão de assistência aos mais fracos e aos mais desprovidos, não por paternalismo benévolo, mas em nome de direitos idênticos para todos.

A questão que permanece é a definição do *lugar efetivo do serviço público original*, o da não rentabilidade e dos grandes ideais democráticos. Os agrupamentos econômicos planetários são inelutáveis, pois sua ação gira exclusivamente em torno da adaptação ao fantástico e rápido desenvolvimento dos meios de comunicação e das trocas, da globalização e da identificação de nacionais, tornados cidadãos do mundo. Nessa ótica, os medos gerados pelas ameaças da ditadura econômica das multinacionais têm seus fundamentos. Estes receios e medos são os de um mundo governado pela economia. Trata-se de saber se, por um lado, a economia deve suplantar a política, e, por outro lado, se essa economia não deveria buscar suas outras finalidades, além das do lucro e da livre competição.

Os valores do venerado serviço público “*à la française*”: desinteresse, solidariedade, igualdade, neutralidade, ainda são bastante necessários, a fim de reenviar os interesses econômicos - que, certamente, não deixam de ser importantes - aos seus territórios e de conservar territórios suficientemente vastos, onde outras “leis”, além das econômicas, têm o seu lugar.

2 - Regulação contra monopólios

Reencontrada a ética tradicional do “serviço público”, em sua dimensão finalista, ela apenas poderá prosperar se o aspecto orgânico e funcional da noção for ele mesmo revisto. Infiltrando-se por toda parte e perdendo sua identidade primordial, o serviço público, na França, tinha falhado em relação a seus próprios valores, conservando uma ambigüidade. Se, por um lado um lado, a situação de monopólio da maioria das grandes empresas públicas alegava a igualdade dos usuários frente às prestações do serviço, por outro, traía essa igualdade em relação a outros prestadores, em razão dos privilégios dos quais se beneficiava. Estes privilégios garantiam, dizia-se, a *qualidade do serviço* e o igual acesso de todos, questão essencial para julgar, no futuro, a experiência da liberalização.

O direito comunitário impõe atualmente a essas pessoas públicas, que se transformam cada vez mais em pessoas privadas, a concorrência, em perfeita igualdade com as empresas de outros membros da União Européia, na construção de uma política econômica comum. A *abertura à concorrência* dos grandes operadores de serviços em redes ocorreu progressivamente,

com respeito às diretivas e regulamentos comunitários. A das *comunicações* interveio após as duas leis de 26 de julho de 1996. Efetivou-se para a *eletricidade* através da lei de transposição de 10 de fevereiro de 2002, e, para o gás, pela lei de 3 de janeiro de 2003. A abertura à concorrência para os cliente profissionais é efetiva desde julho de 2004. Ela o será para os particulares em 2007. *Electricité de France* (EDF) e *Gaz de France* (GDF) deixaram seu venerável *status* de estabelecimento público para se tornarem sociedades de direito privado, pois o antigo estatuto de estabelecimento público é, em função do princípio da especialidade, um freio ao desdobramento de atividades. No que concerne aos *transportes*, as diretivas de 21 de julho de 1991 e de 19 de junho de 1993 impunham a separação das funções de gestão das infra-estruturas e da exploração dos serviços. Respondendo a estas diretivas, em 1997, uma distinção entre “*Réseau ferré de France*” (gestão de infra-estruturas) e SNCF (exploração dos serviços) foi elaborada. Finalmente, os *serviços postais*, tiveram seu estatuto modificado pela lei de 25 de junho de 1999, transpondo uma Diretiva de 1997, que define o conteúdo do serviço postal universal e precisa as condições de seu monopólio sobre o território nacional.

Fora a questão dos grandes serviços em rede, o *conjunto das delegações de serviço público* é submetido às obrigações de publicidade e de concorrência²⁶, e a jurisprudência do Conselho de Estado adapta-se a essas novas condições.

O direito francês não teve dificuldade de se arranjar com a noção de “*serviço de interesse econômico geral*” (SIEG), que permite, a cada caso, a atribuição de uma exceção à aplicação das regras de concorrência; noção mais estreita que a de serviço público, pois concerne somente o interesse *econômico*, e cuja definição não é menos imprecisa... Ele também pode se adaptar à noção de “*serviço universal*”, inventada nos Estados Unidos no início do século e retomada no Ato único de 1986. Esta noção designa um conjunto mínimo de serviços que devem ser colocados à disposição dos cidadãos²⁷ e, por enquanto, diz respeito apenas aos serviços postais e à telefonia fixa.

O “serviço público *à la française*” pode, assim, reencontrar o brilho que o caracterizava há um século atrás, com a condição de se submeter a uma verdadeira reordenação; com a condição de por fim ao amálgama que havia obscurecido seus traços, distinguindo os critérios finalista, funcional e orgânico. A ética relaciona-se apenas às *finalidades e às funções*, e não há nada a ser suprimido quanto à exigência de desinteresse, neutralidade, igualdade, continuidade e adaptação. O verdadeiro problema continua traçar *uma fronteira entre as funções puramente econômicas e as outras*, sendo que as primeiras são progressivamente influenciadas pelas segundas, como no caso de exigências sociais, ambientais, sanitárias. A economia não pode nem deve regulamentar tudo.

O critério orgânico tinha, há muito, perdido sua importância, já que a gestão dos serviços públicos industriais e comerciais já era fortemente privatizada e que era admitido que, freqüentemente, a melhor maneira de servir o interesse geral era apelar a gestores

²⁶ Ordonnance de 01/12/1986 e Lei de 08/02/1993, segundo as quais as regras da livre concorrência “*s’appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de service, y compris celles qui sont le fait des personnes publiques notamment dans le cadre de délégations de service public*”.

²⁷ Três elementos o caracterizam: a universalidade (o conjunto dos cidadãos deve ter acesso ao serviço em todos os pontos do território), a qualidade do serviço e seu preço acessível.

privados. Seu interesse renasce em se tratando de *serviços públicos administrativos*, com a tendência de se desenvolver parcerias públicos-privadas, especialmente para a realização e depois para a gestão de equipamentos públicos: construções de prisões, de postos militares, de equipamentos hospitalares... O amálgama e os privilégios que resultam dessa situação não devem beneficiar apenas os interesses privados, abandonando os serviços públicos.

Em uma visão micro econômica e micro política do direito, é inevitável admitir que o conjunto dos interesses públicos tornaram-se mais ou menos particulares, o que significa constatar uma *privatização do interesse público e a publicização do interesse privado*. O interesse geral se apresenta, então, como o ponto de convergência entre os múltiplos interesses. Essa organização transversal e não mais piramidal de nossas sociedades impõe aos Estados uma nova maneira de gerir e de governar, recorrendo a métodos menos autoritários e mais consensuais. A *regulação* será, quando ela for possível, preferível à regulamentação, o Estado e as coletividades públicas procurarão mais convencer, do que obrigar, preferirão a *arbitragem* ao comando, e se empregarão à concertação, à persuasão, à pedagogia, à exemplaridade. Embora a regulação, que concerne sobretudo a política econômica, não tenha, vista de perto, um alcance jurídico particular, sendo apenas um novo comportamento, que nada retira dos métodos tradicionais, essa abertura ao debate democrático, essa busca paciente de conciliação entre interesses cuja extrema diversidade é admitida, é também um dos aspectos da ética reencontrada do serviço público.

CONFLITO DE LEIS EM MERCADOS INTEGRADOS E INTERCONECTADOS: UMA QUESTÃO DE ECONOMIA POLÍTICA

Horatia Muir-Watt*

1. Um caso de inocência perdida:¹ modificações na divisão privado/público

Descrever o direito internacional privado como uma questão de economia política² pode ser visto como uma resposta à modificação tectônica atualmente provocada pela globalização com respeito à divisão do direito público/privado³ que modela o pensamento tradicional nesta área.⁴ Uma nova geração de “colisões de regulação econômica”⁵ ligada à mobilidade sem precedentes de empresas, produtos, serviços e capital, desafia as concepções continentais européias preponderantes acerca do conflito de leis como uma ferramenta voltada à resolução de disputas puramente privadas.⁶ Não desafiado durante a maior parte do século

* Professora na Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*). Tradução de Fabio Morosini – Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Tradução livre a partir de Horatia Muir Watt, *Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy*, 9 Columbia Journal of European Law 383 (2003). A autora gostaria de expressar sua gratidão a Roy Mersky e Jonathan Pratter pela generosa recepção na *Tarleton Law Library* na Universidade do Texas em Austin durante a preparação deste artigo, e a Christian Joerges pelos seus instigantes comentários sobre uma versão anterior. A inspiração para o título deste artigo vem de um recente artigo escrito por Paul B. Stephan, “The Political Economy of Choice of Law” 90 Geo L J 957 (2002), que responde ao artigo de Andrew Guzman “Choice of Law: New Foundations,” 90 Geo L J 333 (2002). Um enfoque similar pode ser encontrado num trabalho anterior do mesmo autor, por exemplo, “Choice of Law and Its Consequences: Constitutions for International Transactions,” 26 Brook. J. Int’l L. 211 (2000).

¹ A frase é cunhada por Herbert Kronke em sua excelente contribuição “Capital Markets and the Conflict of Laws,” *Rec Cours Acad La Haye*, 378.

² Definido, de acordo com Black’s Law Dictionary, 7th ed. 1999, como “uma ciência social que lida com os problemas econômicos de governo e a relação entre políticas e processos econômicos.”

³ Fora da tradição romana, tal divisão tem sido evidentemente desmantelada mais facilmente. Dentre uma literatura abundante, veja Duncan Kennedy, “The Stages of Decline of the Public/Private Distinction,” 130 U. Pa. L. Rev. 1423 (1982); Mary Anne Glendon, “The Sources of Law in a Changing Legal Order,” 17 Creighton L. Rev. 663 (1983).

⁴ A divisão público/privado tem servido um propósito importante dentro da tradição européia continental ao insular o direito internacional privado de interesses políticos. Tal é menos verdade nos Estados Unidos, onde a relação entre direito e política tem sido monitorada pela “cortesia” (*civility*) na arena internacional, mesmo servindo como uma “ponte” retórica neste contexto (veja Joel R. Paul, “Comity in International Law,” 1991 Harv. Int. L. J. 1), enquanto a agenda federalista têm colorido o direito internacional privado com interesses políticos e públicos. A divisão está, claro, constantemente mudando (veja Horatia Muir Watt, “Droit Public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la Publication des conflits de lois),” *Arch. Philo. Droit*, 207).

⁵ A expressão foi cunhada por Jurgen Basedow, “Conflicts of Economic Regulation,” 1994 Am J Comp L. 423; compare, sobre o mesmo autor neste tema, “Souveraineté territoriale et globalisation des marches: le domaine d’application des lois contre les restriction de concurrence,” 264 *Rec Cours Acad La Haye* 9 (1997).

⁶ Lê-se com interesse a seguinte passagem no trabalho de Andreas D. Lowenfeld sobre “International Litigation and the Quest for Reasonableness,” Clarendon Press, 1996, que oferece excelente material para o pensamento comparativo neste ponto: “I do believe ... that Story was right to think of the conflict of laws as part of the law of nations, and that the term he introduced and that has gained currency in Great Britain and throughout Europe is misunderstood by those who regard private international law as sharply distinct from public law or public international law. Thus my definition and approach are very different from those of Batiffol and Lagarde, who define private international law as the collection of rules applicable solely to private persons in their international relations.” (p. 3).

XX,⁷ o paradigma do interesse privado que constitui o fundamento do conflito de leis não pode mais sustentar a interferência crescente de políticas estatais no campo de contenciosos transnacionais. Obviamente, a teoria jurídica europeia tem sido mais relutante do que a doutrina americana em aceitar a idéia de que o direito privado também pode servir como uma ferramenta regulatória,⁸ o que explica a pequena recepção que a análise dos interesses governamentais (*governmental interest analysis*) recebeu na Europa.⁹ Todavia, como tem sido apontado, áreas como concorrência, securitização, direito bancário, controle de exportação, responsabilidade pelo produto, regulação ambiental, que podem afetar as transações privadas, direta ou indiretamente, envolvem interesses de uma ordem inegavelmente diferente daqueles postulados pela metodologia tradicional do direito internacional privado,¹⁰ e introduzem preocupações previamente identificadas como pertencentes ao campo dos interesses públicos e como tais além da estaca do conflito de leis. Na sua expressão mais estrita, este tem sido protegido de preocupações políticas pelo “tabu do direito público” (*public law taboo*),¹¹ o que levou as cortes a declinarem de adjudicar os interesses de outros estados, ao menos quando eles acarretam a execução direta de direitos públicos estrangeiros.¹² A emergência de uma progressiva categoria intermediária de cláusulas internacionalmente imperativas semi-públicas, ou “*lois de police*”, tem de alguma forma contribuído para romper a lacuna metodológica; enquanto permanece sujeita à metodologia unilateral específica, a regulação econômica estrangeira tem se tomado receptiva para aplicação em cortes nacionais em contenciosos de direito privado.¹³ Fora esta exceção, entretanto, o direito internacional privado lida

⁷ A idéia de que o direito internacional privado é uma “receita” para atingir políticas de direito privado foi expressada no trabalho seminal de Franceskakis *Théorie du renvoi* em 1957 e caracteriza o pensamento dominante até os dias atuais (veja, por exemplo, na França, o prefácio de *Grands arrêts de la jurisprudence de droit international privé*, por B. Ancel e Y. Lequette, rejeitando como corruptora a instrumentalização do direito internacional privado pelo direito Comunitário europeu ou pela ideologia dos direitos humanos.) Entretanto, mesmo antes deste desafio evidente às teorias do multilateralismo baseadas na soberania, da qual a mais característica encontra-se no trabalho de Étienne Bartin (*Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, 3 vol., Paris, 1930, 1932, 1935), o direito internacional privado foi, paradoxalmente, considerado limitado a relações privadas. Tal é claramente um legado do Tratado de Direito Romano (vol VIII) de von Savigny.

⁸ Que o direito da responsabilidade extracontratual pelo produto, por exemplo, possa ser usado para servir a interesses estatais (por exemplo, ao proteger fornecedores ou vítimas) é tão banal nos Estados Unidos (veja Hay, “Conflict of Laws and State Competition in the Product Liability System,” 80 *Geo LR* 617) quanto é recente na Europa (veja por exemplo, Jane Stapleton, “Three Problems with the New Products Liability,” *Essays for Patrick Atiyah, Cane and Stapleton*, Oxford, 1991, p. 291). Mais nova ainda é a idéia de que o direito privado dos contratos possa ser usado para regular mercados, através da proteção do consumidor, por exemplo (veja Hugh Collins, *Regulating Contracts*, OUP 1999).

⁹ Uma expressão característica da recusa em aceitar que interesses estatais podem encontrar expressão no direito privado pode ser encontrada em Gerhard Kegel, “The Crisis of the Conflict of Laws,” *Rec Cours Acad. La Haye*, 1964, t. 112, p. 91.

¹⁰ Russell J. Weintraub, “The Extraterritorial Application of Antitrust and Securities Laws: Na Inquiry into the Utility of a ‘Choice of Law’ Approach,” 70 *Tex LR* 1799 (1992).

¹¹ Philip J. McConaughy, “Reviving the ‘Public Law Taboo’ in International Conflict of Laws” 35 *Stan. J. Int’l L.* 255; William S. Dodge, “Extraterritoriality and Conflict of Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism,” 39 *Harv. Int’l LJ* 101.

¹² F A Mann, “The International Enforcement of Public Rights”, publicado traduzido em 77 *Rev crit DIP* 1 (1988).

¹³ O estímulo tem sido o artigo 7 inciso 1 da Convenção de Roma, que prevê a aplicação de leis imperativas estrangeiras que suprimem a autonomia da vontade das partes. Um dispositivo parecido está disposto na Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Mediação e Representação, 1978, artigo 16. Mas estes textos regulam pretensões inicialmente dispostas em contrato, de modo que a interferência de direito público estrangeiro poderia talvez ser considerada como um caso de aplicação incidental (como tanto o Reino Unido e a Alemanha argumentam, ao não optarem (*opt out*) pelo artigo 7, inciso 1). Sobre esta aplicação incidental de direito público estrangeiro, veja Hans Baade, “The Operation of Foreign Public Law,” 30 *Tex Int’l LJ* 429 (1995).

exclusivamente com “relações de direito privado;” governos, pensa-se, não se preocupam diretamente com os resultados.¹⁴ Todavia, depois de perder a sua “neutralidade” nos anos 70 ao permitir considerações seletivas de resultados,¹⁵ o conflito de leis também parece fadado a perder a “inocência” que um dia serviu para mantê-lo distinto da política internacional.

2. O desafio adicional da integração de mercados para a teoria europeia do conflito de leis

Hoje, os Estados Membros da União Europeia também estão enfrentando o fato de que uma estrutura política federal ou integrada necessariamente impacta na maneira com a qual os conflitos entre os direitos das unidades componentes são reconhecidos e resolvidos e que a alocação de jurisdição legislativa dentro de tal estrutura de fato acarreta preocupações governamentais.¹⁶ De fato, enquanto os esforços para aproximar as legislações nacionais podem aparentar reduzir o drama do direito internacional privado, a criação de uma comunidade mais próxima parece, paradoxalmente, concentrar mais atenção em interesses estatais; questões de poder regulatório dentro do mercado interno tomam-se centrais para a função do direito internacional privado, enquanto teorias políticas do conflito de leis parecem fadadas a florescerem.¹⁷ De um ponto de vista europeu, a novidade para, não só na nebulosidade da divisão público/ privado e na inadequação do paradigma tradicional do interesse privado para explicar as transformações induzidas por novos interesses quase-federalistas, mas também na necessidade de um sistema de conflito de leis dual, voltado por um lado para lidar com atividades transfronteiriças dentro do mercado interno, e, por outro, para definir o alcance da regulação Comunitária em relação ao direito de terceiros estados.¹⁸ Esta separação entre conflitos interestaduais e internacionais — ou então, entre conflitos sujeitos à autoridade estatal ou federal¹⁹ — existe há muito tempo nos Estados Unidos, os

¹⁴ Kegel, op cit.

¹⁵ A crença largamente aceita na Europa de que os governos não têm um interesse direto nos resultados nos casos de direito internacional privado não significa que os legisladores não demonstrem interesse pela implementação de políticas substantivas em direito privado. Tal faz surgir normas alternativas de conflito de leis, assim como aquelas designadas a promover o interesse da criança no âmbito de relacionamentos familiares (por exemplo, os artigos 311-16 a 311-18 do código civil francês).

¹⁶ Logo, reconhecimento mútuo e a regra do país originário tendem a enquadrar o conflito de leis como uma questão política, como revela-se aparente do estudo de Juca Snell: *Goods and Services in EC Law: A Study of the Relationships Between the Freedoms*, Oxford 2002.

¹⁷ A ideologia dos direitos fundamentais sem dúvida será um veículo para tal abordagem na Europa. Para um exemplo da maneira pela qual vários direitos impactam no direito internacional privado no âmbito do direito de família, veja A. Bucher, “La famille em droit international privé,” 283 *Rec Cours Acad La Haye* 9-186 (2000). Pode ser, por outro lado, que uma teoria política de direitos negativos, tal como a proposta por Lea Brilmayer (“Rights, Fairness and Choice of Law”, 98 *Yale L J* 1277, 1989) seja desnecessária na União Europeia, devido às garantias embutidas no direito internacional privado Europeu ou jurisdição judicial para garantir liberdade contra surpresas injustas ou interferências. As liberdades fundamentais e o princípio da proporcionalidade podem servir a um fim similar.

¹⁸ Atualmente, este sistema é particularmente complexo pois a tomada de decisões em ambas esferas se dá em múltiplos níveis. Nem todas as normas de conflito de leis dos Estados Membros em áreas que podem afetar o funcionamento do mercado interno estão harmonizadas, e os conflitos com terceiros estados estão sujeitos ao direito Comunitário apenas à medida que este proíba não optar pela proteção harmonizada. Veja acerca deste último aspecto, P. Lagarde, «Heurs e malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne», in *Le contrat au début du XXème siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, 2000, p. 511.

¹⁹ Lea Brilmayer, (“The Extraterritorial Application of American Law”, 50 *Law & Contemp. Pbs* 11) explica que a real distinção entre o *Second Restatement on the Conflict of Laws* e o *Third Restatement on Foreign Relations* para a existência ou não de regulação

primeiros sendo até certo nível constitucionalizados.²⁰ Os últimos, formulados em termos de “jurisdição prescritiva” (*prescriptive jurisdiction*), estão sujeitos a limitações aparentes de direito internacional público ou cortesia (*comity*);²¹ eles envolvem definir o alcance internacional da legislação econômica federal, e, quando uma pretensão não está amparada por esta, não deixam espaço para a execução de direito público estrangeiro.²²

3. Novas perspectivas: a teoria econômica do conflito de leis numa estrutura de mercado

Logo, a perspectiva européia sobre o direito internacional privado está sendo reformulada pelas pressões ocasionadas pela globalização e pela integração do mercado interno, as quais ambas, por diferentes razões, desafiam o modelo de direito privado e concentram atenção na importância política de assegurar a alocação apropriada de autoridade regulatória. A tese deste artigo é, muito simplesmente, que uma análise econômica da relação entre o direito e o mercado pode ser usada para esclarecer a função do conflito de leis tanto numa estrutura global quanto de mercado interno e sublinhar algumas das transformações através das quais o novo ambiente econômico e institucional influencia a teoria tradicional. Baseia-se na recente doutrina americana, que tem sugerido que a análise econômica poderia fornecer fundamentos renovados para o conflito de leis,²³ embora as presentes conclusões possam se diferenciar daquelas em muitos respeitois.²⁴ Em comum com as propostas americanas,

federal. Logo, alguns conflitos internacionais sujeitam-se ao conflito de leis sob o *Second Restatement*, quando ocorrem em áreas como da responsabilidade extracontratual, que não se sujeita à legislação federal. Por outro lado, quando uma pretensão é embasada em regulação federal, as cortes federais são competentes, e analisam as situações de direito internacional privado, que envolvem determinar o alcance das leis federais, em termos de “jurisdição prescritiva.”

²⁰ O atual estado do direito neste ponto resulta de *Allstate Insurance v. Hague*, 1981, 101 S.Ct. 633, *Phillips Petroleum v. Shutts*, 1985, 105 S.Ct. 2965, *Sun Oil v. Wortman*, 1988 S. Ct. 2117. Debate-se se, de fato, as restrições constitucionais também estendem-se para o exercício de jurisdição – ao menos jurisdição judicial – no contexto internacional (veja *Brilmayer & Norch*, “Federal Extraterritoriality and Fifth Amendment Due Process,” 105 *Harv. L.R.* 1217). Sobre o impacto do federalismo no conflito de leis americano, veja *Robert Sedler*, “American Federalism, State Sovereignty and the Interest Analysis Approach to Choice of Law,” in *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur t. von Mehren*, 2002.

²¹ Veja o *Third Restatement on Foreign Relations Law*, 1987, Seção 403 e *Andreas F. Lowenfeld*, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, 1996, p. 17. Para uma crítica sobre a maneira pela qual a retórica da cortesia internacional (*comity*) tem sido usada pelas cortes, algumas vezes como uma ponte entre direito e política e algumas vezes como uma parede, veja de novo *Joel R. Paul*, “Comity...”

²² De fato, na ausência de uma questão federal, proveniente da aplicabilidade de legislação federal, as cortes federais carecem de competência.

²³ *Andrew Guzman*, “Choice of Law: New Foundations,” 90 *Geo LJ* 883, 2002. Este texto é anunciado como “uma estrutura obrigatória para toda futura doutrina” por *Paul B. Stephan*, “The Political Economy ...” p. 969. Dentre a literatura prévia e abundante, veja *Michael Solimine*, “An Economical and Empirical Analysis of Choice of Law,” 24 *Ga L.R.* 949, 1989; *Erin O’Hara & Larry Ribstein*, “From Politics to Efficiency in the Choice of Law,” 67 *U Chi L.R.* 1151 (2000); *Michael Whincop & Mary Keyes*, “Putting the Private Back into International Law: Default Rules and the Proper Law of Contract,” 21 *Melbourne U.L.R.* 515 (1998); *Michael Whincop & Mary Keyes*, “Towards an Economic Theory of Private International Law,” 25 *Australian Journal of Legal Philosophy* 10 (2000); *Joel Trachtman*, “Conflict of Laws and Accuracy in the Allocation of Government Responsibility,” 26 *Van J Transnat’l L.* 975, 1994; *Joel P. Trachtman*, “Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law,” 42 *Va J Int’l L.* 1 (2001); veja de uma perspectiva européia, *H. Muir Watt*, “Law and Economics: Quel apport pour le droit international privé?,” in *Le Contrat au début du XXème siècle, Etudes offertes à Jacques Ghestin*, 2000, p. 685.

²⁴ Particularmente quando elas parecem encorajar desregulação e “privatização” excessivas do direito internacional privado. Não existe, entretanto, consenso dentro deste novo movimento com relação à extensão com a qual a desregulação e a “privatização” deveriam ser incentivadas. Veja, por um lado, *Erin O’Hara & Larry Ribstein*, “From Politics to Efficiency ...”, *Michael Whincop & Mary Keyes*, “Putting the ‘Private’ back ...”, e por outro lado, crítico para com a privatização excessiva,

entretanto, a presente tese ampara-se na teoria de mercado liberal, segundo a qual o acordo privado é a forma ótima de alocar recursos, na ausência de falhas de mercado ou custos sociais; ao apoderar os indivíduos para agirem em seus próprios interesses, os mercados satisfazem eficientemente as diversas preferências pessoais.²⁵ A regulação pública torna-se necessária, por outro lado, na presença de externalidades.²⁶ As implicações normativas desta distinção básica para a regulação dos mercados internacionais podem parecer, sob várias formas, como vinho velho em garrafas novas. As transações transfronteiriças despertam o direito internacional privado, ou, em termos mais familiares ao movimento de direito e economia, exigem uma alocação de jurisdição regulatória.²⁷ A teoria de mercado sustenta que a escolha do direito aplicável pelas partes é a maneira ótima de alocar esta autoridade,²⁸ a menos que exista um risco que a escolha das partes e o interesse público não coincidam. Em tal caso, quando as externalidades transfronteiriças ocorrem num contexto internacional, a competição legislativa será suplantada por alguma forma de alocação obrigatória de autoridade decisória. A maioria dos sistemas ocidentais de direito internacional privado projeta este modelo dentro do campo de transações de mercado; estas são geralmente reguladas pela autonomia da vontade das partes, que é entretanto restringida em nome de interesses estatais ou ordem pública.²⁹ Logo onde, então, está o novo vinho?

4. Unilateralismo e bem-estar global

A mudança não é meramente no vocabulário.³⁰ Primeiramente, reformular o conflito de leis em termos de teoria de mercado volta a atenção para questões de bem-estar global levantadas pelo unilateralismo inerente às abordagens atuais à jurisdição prescritiva no contexto internacional.³¹ Na falta de uma autoridade central, a extensão com a qual as preocupações de interesse público interferem na escolha das partes é deixada à decisão unilateral de cada

Joel P. Trachtman, "Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction ..." Em várias situações, também, a análise econômica aparenta reinventar a roda, através da atenção insuficiente à teoria tradicional do direito internacional privado. Sobre os benefícios que o movimento de direito e economia em conflito de leis possa ganhar da análise comparativa, veja Jan Kropholler & Jan von Hein, "From Approach to Rule-Oriented in American Tort Conflicts", in *Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Transnational, 2002, p. 317. Tal aplica-se, em particular, à idéia de que o bem-estar dos indivíduos, não a soberania, é a medida correta para o direito internacional privado.

²⁵ Hugh Collins, *op cit*, p. 70.

²⁶ *Ibid*. Logo uma divisão tradicional aparece entre as funções de direito privado, que suporta ações voltadas ao interesse próprio, e de direito público, que compele os participantes do mercado a levar os custos sociais em consideração e então protege preferências que não são adequadamente protegidas através do mercado. Entretanto, não apenas os rótulos mudam (o direito privado pode aparecer como uma ferramenta regulatória), mas incentivos para internalizar os custos sociais podem ser alcançados através da alocação de direitos sobre a propriedade ou regras de responsabilidade, que são tradicionalmente direito privado. Para uma analogia interessante entre direitos sobre a propriedade e jurisdição regulatória, veja Joel P. Trachtman, "Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction ..."

²⁷ Veja novamente Joel P. Trachtman, "Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction ..."

²⁸ A teoria do mercado vê a própria regulação como um bem público, sujeita à competição interjurisdicional. Sobre a teoria da competição interjurisdicional, desenvolvida abaixo no contexto do federalismo econômico, veja abaixo notas de rodapé 38, 40.

²⁹ Veja por exemplo os artigos 3, 5-6, 7 e 16 da Convenção de Roma sobre Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de 1980.

³⁰ O leitor europeu que se questiona até que ponto os conceitos econômicos são meramente uma mudança no repertório retórico do advogado deve ler Bruce Ackerman, "Law, Economics, and the Problem of Legal Culture," 1986 *Duke Law Journal* 929.

³¹ Concluindo, semelhantemente, que a análise do conflito de leis em termos de eficiência volta a atenção para preocupações de bem-estar global, veja Paul B. Stephan, "The Political Economy ..."

estado, que então define independentemente o alcance de sua própria legislação e formula a sua própria concepção acerca da melhor forma de lidar com os custos sociais numa estrutura internacional. Riscos de sub - ou super - regulação são assim endêmicos ao mercado global e certamente não conducentes ao bem-estar geral, que requereria, no mínimo, uma alocação coerente de autoridade regulatória.³² Segundo, entender a relação entre o direito e o mercado no contexto de um arcabouço regulatório estruturado, tal como pode ser encontrado numa estrutura integrada ou federal, pode ajudar a sugerir maneiras pelas quais o bem-estar geral possa ser alcançado. Em tal contexto, as externalidades transfronteiriças e as falhas de mercado são tratadas pela autoridade legislativa central, através de regras substantivas harmonizadas.³³ Enquanto elas tomam a forma de *standards* mínimos para as transações no mercado interno, elas também são projetadas para o mercado mundial sob a forma de normas internacionalmente imperativas, nos casos em que o legislador europeu decidiu que a conexão com a Comunidade é suficiente para justificar o seu interesse.³⁴ Em ambas as instâncias, elas são elaboradas para fornecer uma estrutura regulatória efetiva dentro da qual a escolha das partes possa operar efetivamente. Entretanto, enquanto a legislação substantiva harmonizada pode obviamente projetar uma visão coerente dos requisitos do bem-estar coletivo dentro do mercado interno, tal não é claramente o caso numa estrutura global. O novo vinho logo reside na idéia de que os conflitos de regulação econômica deveriam se encaixar dentro de uma estrutura maior de regulação de mercado coerente, com um foco claro no bem-estar global. Mais do que uma mudança no vocabulário, isto implica redefinir o alcance e a função do direito internacional privado.

5. A função dual do conflito de leis no mercado global

A transformação de perspectiva sublinhada pela análise econômica é evidenciada pela pressão crescente em incluir a regulação pública dentro do alcance do direito internacional privado. Primeiramente, quando desejável, a competição inter-jurisdicional não é tida como sendo restrita a áreas tradicionalmente rotuladas de “direito privado”, mas também se estende à regulação de bens públicos ofertados em diferentes locais para empresas e capital móveis. Segundo, na ausência de uma autoridade central ou um acordo internacional para tratar dos efeitos a terceiros, a única maneira - embora não a melhor (*second-best*)³⁵ - para reduzir a

³² As inconsistências que levam a super-regulação são particularmente intoleráveis quando cada uma das regulações envolvidas prevê sanções criminais. Veja o dilema no caso Nippon Paper, Dorsey J. Ellis Jr, “Projecting the Long Arm of the Law: Extraterritorial Criminal Enforcement of US Antitrust Laws in the Global Economy,” 1 Washington University Global Studies Law Review 477 (2002). Mas evidentemente, as lacunas e sobreposições regulatórias são uma característica bem conhecida das metodologias unilateralistas e monopolistas pelas quais os Estados definem o escopo de suas regulações econômicas.

³³ Estas podem dispor sobre a proteção do consumidor/investidor (essencialmente formulada para curar assimetrias de informação, veja abaixo nota de rodapé 49), ou resguardar contra restrições à competição. Sobre o alcance do “direito contratual europeu,” que se estende a áreas tal como direito da concorrência geralmente não incluído na categoria de direito privado contratual, veja Stephan Grundmann, “The Structure of European Contract Law,” 4 European Review of Private Law,” 505-528 (2001).

³⁴ Uma “conexão estreita” com o território de um Estado Membro é geralmente exigida para legislação consumerista (veja P. Lagarde, *op cit*). O alcance da direito da concorrência Comunitário é medido por um teste similar ao teste americano dos “efeitos” (veja abaixo, nota de rodapé 124).

³⁵ Há um debate considerável com relação à desejabilidade e factibilidade de um acordo internacional sobre conflitos de regulação econômica (por exemplo sob a égide da OMC): veja Eleonor M. Fox, “Antitrust and regulatory Federalism: Races Up, Down and Sideways,” New York Univ. L.R 1781 (2000). Também é verdade – e este é o risco inerente a qualquer segunda

discrepância entre direitos nacionais e mercados globais³⁶ seria estender o alcance do direito internacional privado para áreas atualmente portando o rótulo de “direito público”, a fim de formular testes apropriados para alocar autoridade regulatória econômica. Aqui, então, está a economia política do conflito de leis numa estrutura de mercado. Fomentar a competição legislativa através da escolha das partes na medida que os custos sociais e os custos privados coincidem (I), o direito internacional privado também deveria ser confiado para assegurar uma função regulatória em casos de externalidades transfronteiriças (II).

5.1 O conflito de leis como um instrumento de competição interjurisdicional

5.1.1 Perspectivas revertidas

A retórica tradicional do direito internacional privado sugere que o conflito de leis tem uma função mantenedora da paz entre pretensões regulatórias rivais, mutuamente excludentes. Os vários modelos teóricos reforçam esta impressão: o multilateralismo porta uma política de alinhamento a fim de produzir harmonia decisional a partir do caos, ao passo que as teorias neo-estatutárias tendem a perseguir um objetivo de deferência política projetado para induzir a reciprocidade. A análise econômica contemporânea oferece uma perspectiva revertida, na qual a idéia de que a diversidade é uma fonte de desordem a ser eliminada sempre que possível, é suplantada pela convicção que a competição entre legisladores nacionais é basicamente salutar.³⁷ Distante de suas justificações tradicionais, a autonomia da vontade em transações transfronteiriças é vista através de lentes econômicas como instrumental para estimular tal competição, num contexto federal, onde ela promove integração de mercado (A), e, mais controversamente, no contexto global, onde ela pode contribuir para a alocação horizontal eficiente de autoridade regulatória (B).

5.2 O conflito de leis e a economia do federalismo

5.2.1 Três novas utilidades para o conflito de leis

Numa estrutura federal ou verticalmente integrada, a competição interjurisdicional aparece como uma alternativa à regulação centralizada. A temática da competição regulatória, com a questão correlata acerca do nível ótimo ao qual a regulação deveria ocorrer, apenas recentemente começou a aparecer como um assunto para debate na União Européia,³⁸ onde é mais comum pensar-se sobre a diversidade jurídica como sendo contrária à idéia de um

melhor opção tal como a proposta neste artigo – que na ausência de acordo, se as cortes tentarem reproduzir o que os acordos internacionais alcançariam, as dinâmicas de dilema do prisioneiro também podem surgir (veja Dodge, *Extraterritoriality and Conflict-of-Laws ...*.”

³⁶ Sobre a discrepância, veja Eleonor Fox, “National Law, Global Markets and Hartford: Eyes Wide Shut,” 68 *Antitrust L J* 73 (2000).

³⁷ Enquanto enfatiza a importância do direito internacional privado, esta perspectiva também reitera o direito comparado como uma fonte de escolha informada.

³⁸ Veja para uma primeira e excelente contribuição, Wolfgang Kerber, “Interjurisdictional Competition within the European Union,” in *The Regulation of Global Markets*, Weimar Symposium 1998, *Fordham International Law Journal* 2000.217; A. Ogus, *Competition between national legal systems – a contribution of economic analysis to comparative law*,” 48 *ICLQ* 405 (1999). Sobre o caráter complexo de múltiplos níveis desta competição, veja Frey & Eichenberg sobre o conceito de “FOCJ” (functional, overlapping, competing jurisdictions), in “FOCJ: Competitive Governments for Europe,” 16 *Int’l Rev L & Eco* 315 (1996).

mercado interno.³⁹ Emprestada da doutrina americana,⁴⁰ a economia do federalismo agora levanta novas questões tanto com relação às formas as quais a autoridade legislativa deveria ser alocada verticalmente dentro da União Européia, enfatizando a importância da subsidiariedade,⁴¹ e, paradoxalmente, quanto à importância da emulação entre legislações nacionais como um fator de integração.⁴² O desejo pela desregulação está ligado aos perigos da centralização, que acarretam *rent-seeking*^{NT} e problemas de *public choice*^{NT}, burocratização excessiva e uma inabilidade de responder às preferências dos indivíduos.⁴³ Reduzir o nível em que a regulação opera a fim de introduzir mais pressão do mercado nos legisladores implica reintroduzir o direito internacional privado em áreas que podem ter sido excluídas para unificação. Entretanto, como uma ferramenta econômica do federalismo, o direito internacional privado tem que se encaixar num esquema sofisticado, de múltiplos níveis, que afeta a sua função tradicional de várias formas. Primeiramente, ao manter um ambiente de livre competição regulatória entre direitos nacionais, o direito internacional privado torna-se um importante instrumento na alocação vertical de competências dentro da União (a). Segundo, sob a pressão da integração de mercado, o direito internacional privado simultaneamente promove as liberdades fundamentais de mercado (b). Finalmente, estendendo o seu alcance ao mercado de bens públicos, o direito internacional privado tem que assegurar que a competição entre as políticas econômicas nacionais permaneça livre de distorções (c).

5.2.1.1 Estabelecer a alocação vertical de competências

O direito europeu dos contratos⁴⁴ fundamenta-se na distinção entre regulação harmonizada centralmente, projetada para curar as falhas de mercado,⁴⁵ por um lado, e

³⁹ De fato, até recentemente, uma forte tendência em favor da centralização da autoridade regulatória dentro da Europa tendia a tornar a diversidade suspeita; a integração parecia implicar harmonização no nível mais elevado, e a conseqüente “morte” do direito internacional privado e do direito comparado (veja, respectivamente ao último, Ch. Von Bar, “From Principles to Codification: Prospects for European Private Law,” 8 Colum. J. Eur. L. 379 (2002); Smpósio sobre Metodologia e Epistemologia do Direito Comparado, Bruxelas, Outubro 2002, a ser publicado pela Hart Publishing).

⁴⁰ O volume de literatura sobre esta matéria é impressionante. Veja, em especial, a edição especial do Journal of International Economic Law (2000), devotado à “Regulatory Competition in Focus,” com contribuições de Daniel C. Esty, Richard L. Revesz, Damien Gerardin, Jonathan R. Macey, Alan O. Sykes, Joel P. Trachtman, relativos a uma vasta gama de distintas áreas. Veja também, Ulen, “Economic and Public Choice Forces in Federalism,” 6 Geo. Mason L. Rev. 921; Frank H. Easterbrook, “Federalism and European Business Law,” 14 Int’l Rev. L. & Econ. 125.

⁴¹ Os links entre subsidiariedade e competição regulatória em vários níveis também dão origem a uma literatura abundante. Veja, por exemplo, R. Van den Bergh, “Subsidiarity as the Economic demarcation principle and the Emergence of European Private Law,” 5 Maastricht Journal 129 (1988); George Bermann, “European Community law from a US Perspective,” 4 Tul. J. Int’l & Comp. L. 5 (1995); Christian Kirchmer, “The Principle of Subsidiarity in the Treaty on European Union: A Critique from the Perspective of Constitutional Economics,” Tul. J. Int’l & Comp. L. 291 (1998); Breton, Cassone & Franchini, “Decentralization and Subsidiarity: Toward a Theoretical Reconciliation,” 19 U. Pa. J. Int’l Econ. L. 21 (1998).

⁴² Veja Kerber, Van den Bergh, sobre a competição como um processo de aprendizagem e suas contribuições à integração.

^{NT} *Rent-seeking* refere-se às tentativas de se obter rendimentos econômicos (por exemplo, pagamento para o uso de um bem econômico em excesso ao valor de mercado) através de intervenção estatal no mercado.

^{NT} *Public Choice* é sinônimo de utilização de premissas e metodologias econômicas na ciência política.

⁴³ Kerber, p. 218.

⁴⁴ Esta distinção é central à Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, de 1980, onde aparece no artigo 3 (liberdade de escolha) e no artigo 5 a 7 (regras imperativas internacionais).

⁴⁵ A regulação de falhas de mercado é projetada essencialmente para remediar assimetrias informacionais, através de regras imperativas de *disclosure* (sobre a prioridade dada pela Corte Européia de Justiça como na sua decisão do caso Cassis de Dijon

normas nacionais facilitadoras de escolha (*choice-facilitating rules*)⁴⁶ que permanecem receptivas ao direito internacional privado, e em particular à autonomia da vontade livre, por outro lado.⁴⁷ A autonomia da vontade logo opera dentro de uma estrutura regulatória centralizada que cura as assimetrias de informação e as restrições à competição.⁴⁸ Entretanto, assegurar o efeito transfronteiriço completo da autonomia da vontade⁴⁹ também exige a remoção de barreiras regulatórias nacionais que interferem no acesso aos mercados nacionais. A regulação das falhas de mercado multiplica-se como uma questão de integração de mercado.⁵⁰ O direito Comunitário portanto impõe uma segunda série de restrições aos Estados Membros, similar àquelas resultantes dentro dos Estados Unidos da Cláusula de Comércio “dormente”, segundo a qual os Estados devem abster-se de aplicar medidas que levarão à super-regulação ou múltiplos ônus restringindo acesso a outros mercados europeus. O escrutínio de acordo com as liberdades de mercado pode aplicar-se a qualquer forma de regulação imperativa de um Estado, que é internacionalmente executável na forma dos artigos 5 a 7 da Convenção de Roma, inclusive medidas implementando diretivas Comunitárias,⁵¹ mas não aplica-se às normas facilitadoras de escolha abrangidas pelo artigo 3 da Convenção de Roma. Logo, a norma de direito internacional privado reguladora das transações dentro do mercado interno fixa uma linha divisória dupla: ela demarca a regulação internacionalmente imperativa a partir do alcance da autonomia da vontade, enquanto simultaneamente assegura a alocação vertical de competências entre o direito Comunitário, impondo *standards* mínimos (proteção do consumidor) ou máximos (liberdades de mercado), e regulação em instância inferior, em nível de Estado Membro, da grande variedade do direito contratual. Se a linha divisória admitidamente carece de clareza em alguns casos, pode ser devido a flutuações na jurisprudência da Corte Europeia de Justiça com relação à extensão desejável de competição regulatória.⁵²

em 1979, a *disclosure* imperativa sobre proteção substantiva, veja Grundmann, p. 513). As falhas de mercado também são endereçadas através de regras Comunitárias contra restrição de competição, presente no artigo 7. Falhas do estado, ao contrário de colapso do mercado, é remediada através da subsidiariedade.

⁴⁶ Estas são essencialmente normas de direito contratual clássico relativas à formação e execução do contrato, e estipuladas para ajudar as partes a exercerem sua liberdade de mercado.

⁴⁷ As normas nacionais desta categoria não sujeitam-se ao escrutínio das liberdades fundamentais: Corte Europeia de Justiça, *Alsthom Atlantique*, 24 Jan 1991, C-339/89.

⁴⁸ Legislação protetiva aplicável aos contratos de consumo transfronteiriços ou transações internacionais de securitização, tal como aquelas adotadas pela legislação secundária da Comunidade Europeia, são planejadas para erradicar as assimetrias de informação, que podem caso contrário levar à escolha viciada – inclusive escolha da lei aplicável. Sobre o enfoque do direito Comunitário na *disclosure* ao invés de normas substantivas de proteção do consumidor (obrigatórias no tocante a medidas nacionais pela Corte de Justiça em *Cassis de Dijon* e até onde concerne o legislador Comunitário pelas liberdades fundamentais e proporcionalidade), veja Stefan Grundmann, “The Structure of European Contract Law,” 4 *European Review of Private Law* 505-528 (2001). Sobre desenvolvimentos semelhantes no campo da regulação de securitização, veja Niamh Moloney, *EC Securities Regulation*, Oxford EC Law Library, 2002.

⁴⁹ Esta é a função primária das liberdades do mercado interno sob o Tratado da União Europeia: veja Grundmann, p. 510.

⁵⁰ Sobre o fato de que a questão da integração algumas vezes sobrepõem-se às políticas substantivas, em especial à proteção do investidor no âmbito da regulação de securitização, veja Niamh Moloney, *op cit*.

⁵¹ Veja por exemplo, CJCE C-369/96 & C-376/96, 23 de novembro de 1999, *Arblade*, 15 de março de 2001, *Mazzoleni*, estendendo o escrutínio para normas internacionalmente imperativas do Estado hospedeiro prevendo salário mínimo; veja também, abaixo, sob (b). As medidas escrutinadas podem incluir normas não vistas tradicionalmente como direito contratual, inclusive normas de direito público: veja Grundmann, p. 515.

⁵² Veja Jukka Snell, *op cit*. Ao implementar as liberdades econômicas, a Corte de Justiça parece hesitar entre um modelo que fomenta a competição de estados, e um modelo mais centralizado, em que o escrutínio das Comunidades Europeias passa dos

Entretanto, o encontro entre a dinâmica econômica do direito Comunitário e as preocupações mais tradicionais do direito privado inevitavelmente trazem modificações às categorias tradicionais, que pode também requerer tempo para acomodar-se.⁵³ Logo, o direito preemptivo das liberdades de mercado não é necessariamente internacionalmente imperativo de acordo com o significado tradicional do artigo 7 da Convenção de Roma, porquanto a regulação econômica pública nacional pode semelhantemente ser desqualificada como tal e sujeita à autonomia da vontade.⁵⁴

5.2.1.2 Assegurar a extensão completa das liberdades econômicas

De fato, a harmonização da legislação dos Estados Membros projetada para remediar as falhas de mercado não precluem a competição inteiramente, pois os legisladores nacionais estão frequentemente livres para adotarem medidas mais restritivas do que aquelas exigidas pelas diretivas Comunitárias.⁵⁵ Aqui, entretanto, a aplicação de medidas nacionais mais rigorosas para situações transfronteiriças justifica o escrutínio das liberdades fundamentais, a fim de se evitar a reconstituição de barreiras regulatórias. Tal escrutínio tem acarretado à bem-conhecida distribuição de autoridade regulatória dos Estados Membros sob *Keck*^{NT} e sua progenitura, na forma de reconhecimento mútuo. O país de origem pode aplicar a sua regulação em relação ao próprio produto, ao passo que o direito do país destinatário prevalece no tocante aos arranjos comerciais concernentes.⁵⁶ Uma divisão semelhante pode ser encontrada, por exemplo, na área de serviços financeiros, onde o país destinatário pode impor normas de conduta, enquanto o serviço em si é moldado de acordo com as exigências de prudência e supervisão do país de origem.⁵⁷ Interessantemente, tal configuração acarreta

limites em casos em que não há intenção ou efeito protecionista, sobrepondo-se ao conflito de leis e restringindo a autonomia da vontade. Logo, o caso *Bosman* de 1995 implementa uma leitura muito expansiva do Tratado, baseada na idéia de acesso ao mercado, em que, praticamente, a mera existência de um conflito de leis parece invocar a competência das Comunidades Européias. Sobre a extensão a qual pode ser necessário distinguir entre as diferentes liberdades: veja Jukka Snell, op cit.

⁵³ Sobre essas mudanças, veja Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, "The EU and a Metamorphosis of Private International Law," in *Reform and Development of Private International Law, Essays in Honor of Sir Peter North*, Oxford, 2002, p. 111.

⁵⁴ A alocação de competência regulatória entre o estado de origem e o estado destinatário em áreas sujeitas ao escrutínio sob as liberdades fundamentais interessa pontos de direitos público e privado; uma dada determinação do direito aplicável pode ser pretendida sob o princípio do país de origem se o direito aplicável acarretar múltiplos ônus para o importador, por exemplo, se o direito indicado é tecnicamente uma norma imperativa nacional de acordo com o artigo 7. Ademais, sob o princípio do país de origem, segundo o qual consumidores nacionais beneficiam-se de produtos e serviços moldados de acordo com regulação estrangeira, medidas nacionais reforçando as exigências mínimas de diretivas perdem seu caráter imperativo, dado que aqueles consumidores sempre poderão escapar do alcance da regulação nacional se eles preferirem uma oferta estrangeira. Ao mesmo tempo, a competição regulatória entre estados pode bem estender-se para os bens públicos.

⁵⁵ Isto está longe de ser verdade em todos os casos, entretanto, particularmente no que concerne regras de informação: veja, por exemplo, a Diretiva de Investimento em Serviços de 1993, ou a nova Diretiva sobre a Venda à Distância de Serviços Financeiros de 2002. A recente jurisprudência da Corte Européia de Justiça decidiu que a proteção do consumidor prevista da Diretiva sobre Responsabilidade sobre o Produto de 1985 não poderia ser melhorada por legislação nacional (aquí, francesa e grega) (veja CEJ 25 de abril 2002, caso C-154/00 e caso C-52/00).

^{NT} Tribunal de Grande Instance de Strasbourg (França), 24 de novembro de 1993, Coletânea da Jurisprudência 1993, p. I-06097.

Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61991J0267:PT:HTML>.

⁵⁶ Veja Jukka Snell, op cit.

⁵⁷ Uma abordagem alternativa está presente na nova Diretiva sobre a Venda à Distância de Serviços Financeiros de 2002 e na Diretiva sobre Comércio Eletrônico de 2000. Esta última prevê a aplicação da lei do local onde o serviço é prestado e aloca autoridade e jurisdição para assegurar cumprimento das leis do Estado Membro do provedor. Entretanto, a Diretiva indica que ela não prevê regras de direito internacional privado. Sobre esta ambigüidade, veja Michael Wildespin & Xavier Lewis, « Lès

a formulação de uma nova geração de normas de conflito de leis, que levantam questões familiares de qualificação e definição de elementos de conexão.⁵⁸ Projetadas para prevenir discriminação sob a forma de um ônus regulatório duplo imposto nos produtos e serviços que entram num mercado estrangeiro, as novas normas prevalecem sobre as soluções nacionais divergentes de direito internacional privado, e aplicam-se a qualquer que seja a natureza das medidas envolvidas (públicas/privadas; imperativas/à revelia).⁵⁹ Os produtos e serviços podem então entrar no mercado estrangeiro livremente, sem serem privados de suas vantagens competitivas. Ao mesmo tempo, as preferências do cidadão são mantidas porquanto os estados destinatários têm liberdade para procurar pelos arranjos comerciais mais eficientes. Aqui novamente, as modificações nas categorias tradicionais tornam-se aparentes: ao exercer poderes de supervisão,⁶⁰ por exemplo para determinar se a regulação do país de origem se encaixou dentro dos limites estabelecidos por Keck, as autoridades do país destinatário inevitavelmente analisam o direito público estrangeiro.⁶¹ Dito de outra forma, o direito internacional privado só pode assegurar a expressão completa das liberdades econômicas dentro do mercado interno ao estender seu alcance ao direito público.

5.2.1.3 Fomentar a competição por bens públicos livre de distorções⁶²

A conclusão do mercado interno e o progresso tecnológico claramente conduziram à crescente mobilidade de empresas,⁶³ acentuando a competição intra-Européia e melhorando a eficiência alocacional.⁶⁴ Em tal contexto, torna-se claro que a atratividade de uma dada localidade, em termos de preocupações ambientais, qualidade da mão de obra, infra-estrutura, etc, também depende das políticas econômicas de dos Estados Membros.⁶⁵ A única forma de limitar tal competição seria centralizar as políticas econômicas ou elevar barreiras à mobilidade. Já foi demonstrado muito convincentemente que os efeitos combinados da desregulação e da mobilidade acarreta competição entre Estados Membros para atração de empresas na área de bens públicos.⁶⁶ De fato, uma importante parte da integração européia

relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois » Rev crit DIP 2002.1, p. 299 ; Corcoran & Hart, « The regulation of Cross-Border Financial Services in the EU Internal Market » 8 Colum J Eur L 221, 246 ; M Fallon & J. Meesen, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/EC et le droit international privé », Rev crit DIP 2002.465, p. 484.

⁵⁸ Como em casos mais tradicionais, estes não são sem dificuldade, e requerem reflexão acerca dos objetivos específicos da divisão de competências regulatórias (sobre as duas possibilidades de leituras do Tratado sobre este ponto, uma, descentralizada e anti-proteccionista, a outra mais intrusiva da “liberdade econômica”, veja Jukka Snell, op cit.) Por exemplo, o caso Alpine Investment de 1995 (C-384/93, ECR I-1141) demonstra que a própria noção de “arranjos de venda” como distinta das normas do produto pode ser difícil de definir, foi então proposto de sub-distinguir entre “arranjos de venda” estático e dinâmico (veja Jukka Snell, op cit., p. 94). Para um exemplo interessante diferente da formulação de uma norma de direito internacional privado relacionada a *takeovers*, em leilões transfronteiriços, veja Moloney, op cit., p. 836.

⁵⁹ Sobre estas controversas normas de conflito “ocultas”, veja dentre uma abundante literatura, o recente estudo por Michael Wildespin & Xavier Lewis, op cit.

⁶⁰ A jurisprudência concernente à extensão desses poderes de supervisão demonstra que os “olhos estão no prêmio” e que o resultado está longe de ser indiferente aos estados. Veja Snell, op cit.

⁶¹ Sobre este ponto, veja Snell, op cit.

⁶² Para uma contribuição completa, veja Kerber, op cit.

⁶³ O caso Centros da Corte Européia de Justiça (caso C-212/97, Rec. 1999, 1-1459, concl La Pergola) também, até uma determinada extensão, remediou o problema do alto custo da mobilidade de empresas dentro da União Européia.

⁶⁴ Definida como a alocação eficiente de recursos como fatores de produção posicionados no local de mais alta produtividade.

⁶⁵ Kerber, op cit.

⁶⁶ Ibid.

parece ser atribuída a antigos estados monopolistas que são transformados em localidades que devem competir com outras por produtos e serviços.⁶⁷ Esta competição regulatória por bens públicos cria incentivos para melhorar o desempenho e assegura que a iniciativa governamental realmente responda às preferências dos cidadãos. Uma dificuldade importante surge, entretanto, quando o “campo do jogo” (*playing field*) formado por políticas econômicas divergentes não está nivelado, e a competição entre os Estados Membros pode logo ser vista como distorcida;⁶⁸ claramente as normas de direito público podem criar vantagens competitivas que não se sujeitam ao direito concorrencial entre empresas. Entretanto, os efeitos de um “campo de jogo” desnivelado sobre a competição podem ser facilmente corrigidos ao permitir a livre escolha das empresas com relação às disposições de direito público.⁶⁹ Até então, foi demonstrado que a regra do país de origem (*home-country rule*), que presentemente garante a escolha do consumidor por produtos e serviços produzidos de acordo com direitos estrangeiros, não é necessariamente ótima, à medida que ela não assegura a competição regulatória livre de distorções a menos que ela permita a escolha pelos produtores.⁷⁰ O direito internacional privado, expandindo o seu alcance além do campo tradicional do direito privado, portanto tem uma importante função corretiva ou niveladora a exercer aqui, a fim de assegurar que a competição entre estados por bens públicos permaneça livre de distorções. Logo, formulado dentro de uma estrutura de exigências imperativas que protejam de falhas de mercado, o conflito de leis aparece como uma importante ferramenta desregulatória no mercado integrado. A questão é se um uso similar da competição inter-jurisdicional é sustentável num contexto global, onde inexistente uma autoridade centralizada para monitorar as externalidades ou remediar falhas de mercado através de exigências mínimas.

5.3 Reciprocidade Portátil” num Mercado Global?⁷¹

5.3.1 “Apoderando Investidores”⁷² ou corrida para o fundo?

A doutrina americana recente levantou a questão da autonomia da vontade no campo do direito econômico, tal como no mercado de capitais.⁷³ A extensão a qual tal competição é

⁶⁷ Ibid.

⁶⁸ O Tratado proíbe ajudas financeiras, mas a questão aqui é vantagens ocultas que não podem ser eliminadas sem a centralização das políticas econômicas dos Estados Membros.

⁶⁹ Kerber, *op cit*.

⁷⁰ Como Wolfgang Kerber explica, *ibid*, p. 241, atualmente, o princípio do país de origem acarreta uma distorção. Os Estados devem permitir a escolha do consumidor de acordo com o princípio do país de origem em casos de vendas ou prestação de serviços transfronteiriços. Logo, os consumidores sempre dispõem da escolha entre diferentes regulações, já que os produtores estrangeiros podem oferecer produtos segundo a regulação do país de origem. Estas regulações são destinadas para a proteção dos consumidores. Elas perdem o seu caráter imperativo sob a regra do país de origem, precisamente porque os consumidores podem escolher produtos produzidos em outro lugar sob regulações diferentes, e se tomarem meros *standards*. Entretanto, os produtores nacionais não têm uma escolha semelhante de regulações, e permaneceram regulados pelas regras nacionais. O reconhecimento mútuo então acarreta o risco que as regulações nacionais de proteção do consumidor na verdade subsidiam os produtores nacionais. Esta consequência poderia ser evitada se os produtores pudessem escolher entre diferentes regulações nacionais, por exemplo, as empresas francesas poderiam produzir de acordo com os *standards* italianos sem necessitarem se relocar para a Itália.

⁷¹ Esta frase foi cunhada por Stephen J. Choi e Andrew T. Guzman, “Portable Recognition: Rethinking the International Reach of Securities Regulation,” 71 S Cal L Rev 903 (1998).

⁷² Esta frase foi cunhada por Roberta Romano, “Empowering Investors: A Market Approach to Securities Regulation”, 107 Yale LJ 2359 (1998).

⁷³ Choi & Guzman, Romano, *ibid*; Stephen J. Choi, “Selective Disclosures in the Public Capital Markets,” 35 UC Davis LR 533.

desejável permanece controversa, entretanto. A competição regulatória realmente “apodera os investidores” ou ocasiona externalidades prejudiciais com as quais o mercado em si não consegue lidar de forma satisfatória?⁷⁴ Apesar do caráter sedutor da tese da competição global, a desejabilidade de confiar as falhas de mercado à autonomia da vontade não está inteiramente clara (a). Isto não significa, entretanto, que a autonomia da vontade não tem lugar na regulação econômica. É provável que o rótulo do direito público, acenando respostas regulatórias às externalidades, seja super-inclusivo (b).

5.3.1.1 O argumento controverso pela diferenciação regulatória eficiente

A idéia de introduzir a competição regulatória em áreas de regulação econômica, ao menos num contexto interestadual, não é nova nos Estados Unidos.⁷⁵ Entretanto, uma segunda geração de debates surgiu recentemente a partir de descobertas empíricas no campo do direito societário, segundo as quais o “efeito Delaware” não significa necessariamente uma corrida ao fundo degenerativa envolvendo o sacrifício dos interesses dos acionistas, mas pode levar à maior sofisticação da oferta legislativa.⁷⁶ Dentro da União Européia, a recente decisão Centros chamou a atenção para um debate parecido.⁷⁷ Significativamente, o cavalo-de-batalha da competição global foi esporado neste e em outros campos pelos juristas do direito e economia (*law & economics*), cujas agendas estão voltadas a “pôr o ‘privado’ de volta ao direito internacional” através da autonomia da vontade.⁷⁸ Logo, sugere-se que a competição regulatória como saída (*exit*) (ou opção das partes por um direito estrangeiro) poderia ser a forma ótima de governança global em tais áreas como securitização, antitruste, insolvência, bancos ou proteção ambiental.⁷⁹ O argumento foi mais fortemente avançado na área de securitização, em favor de um sistema de “reciprocidade portátil”⁸⁰ envolvendo a livre escolha do direito pelo emissor, logo desconectando o regime regulatório aplicável e a localidade onde a transações das securitização ocorreram.⁸¹ Argumenta-se que devido à existência um arranjo considerável de diversas preferências entre investidores e emissores, maior competição

⁷⁴ Merrit B. Fox, “Retaining Mandatory Securities Disclosure: Why Issuer Choice Is Not Investor Empowerment,” 85 Va L R (1999); Securities Disclosure in a Globalizing Market: Who Should Regulate Whom?,” 95 Mich L R 2498 (1998).

⁷⁵ Veja Merrit B. Fox, op cit., p. 1339, sobre o caloroso debate que se desencadeou na metade dos anos 60 sobre a desejabilidade de se deixar a regulação dos níveis de *disclosure* para as forças do mercado. Um “consenso turbulento” pareceu então emergir, inclusive entre juristas com orientação econômica tal como os Professores Easterbrook, Coffee e Fischel, que a *disclosure* imperativa deveria ser mantida.

⁷⁶ Roberta Romano, op cit., nota de rodapé 64.

⁷⁷ Caso C-212/97, Rec 1999, I-1459, concl La Pergola. Veja Holst, “European Company Law After Centros: Is EU on the Road to Delaware?”, compare com Ebke, “Centros – Some Realities and Some Mysteries,” 48 Am J Comp L 623; veja também para uma perspectiva anglo-americana sobre a corrida ao fundo, Robert R. Drury, “The Registration and Recognition of Foreign Corporations: Responses to the ‘Delaware’ Syndrome,” 57 Cambridge Law Journal 165.

⁷⁸ Whincop & Keyes, “Putting the ‘Private’ Back ...”

⁷⁹ No campo de insolvência, veja Ramussen, “Debtor’s Choice: A Menu Approach to Corporate Bankruptcy,” 71 Tex L Ver 51; antitruste, veja Frank H Easterbrook, “Antitrust and the Economics of Federalism,” 26 J L & Econ 23 (1983); bancos, Henry N. Butler & Jonathan R Macey, “The Myth of Competition in the Dual Banking System,” 73 Cornell L R 677 (1988). Sobre o impacto da competição regulatória sobre a arbitragem, veja Y. Delazay, “Between the State, the Law and the Market”, in W. Bratton et al., International Regulatory Competition and Coordination, Oxford, Clarendon Press, 1996.

⁸⁰ Joel P. Trachtman usa o termo “reciprocidade sem raiz”, em “Regulatory Competition and Regulatory Jurisdiction”, 2000 Journal of International Economic Law 331-348, p. 344.

⁸¹ Choi & Guzman, op cit.

levará à diferenciação mais eficiente de regimes regulatórios em nível de mercado global, cada um atendendo a diferentes necessidades. Por exemplo, emissores de alta qualidade optarão por fortes disposições antifraude e *disclosure* e atrairão investidores avessos a riscos. Outros emissores podem preferir um regime protetivo mais fraco, menos custoso, capaz de arrecadar capital barato rapidamente, e os investidores descontarão a diferença no preço. O controle (*management*) adequar-se-á entre diferentes categorias de acordo com o tipo de regime escolhido, que funcionará como uma forma de marca (*brand*) alertando os acionistas para possíveis problemas de representação (*agency*).⁸² Um tal regime apresenta-se como uma alternativa mais eficiente ao alcance super-extensivo da regulação de securitização na atual prática das cortes americanas, que não consegue maximizar os lucros da competição e incentiva os emissores a evitar o mercado americano, em função do conteúdo notoriamente rigoroso da legislação federal.⁸³ Tal tese é indiscutivelmente sedutora e aparenta tornar-se influente na Europa.⁸⁴ O argumento em favor da competição regulatória pura permanece altamente controverso, entretanto. Enquanto o próprio conceito de uma corrida ao fundo tenha sido questionado como uma falácia intelectual,⁸⁵ ao mesmo tempo, a autonomia da vontade parece não responder adequadamente à dupla questão de mercado e custos sociais em nível global. Sob o modelo de Tiebout de competição por bens públicos,⁸⁶ que inspira as teorias contemporâneas sobre o federalismo regulatório, os pré-requisitos para a competição locacional livre de distorções são a escolha informada e a ausência de externalidades. Os críticos permanecem céticos se o primeiro pré-requisito pode ser atingido,⁸⁷ mas concentram-se mais particularmente no perigo da pressão prejudicial sobre os legisladores nacionais para eliminarem *standards* elevados a fim de atrair empresas, assim externalizando os efeitos nocivos através da sub-regulação. A área da proteção ambiental oferece clara demonstração empírica que a competição desenfreada leva à regulação sub-ótima sempre que houver externalidades transfronteiriças importantes,⁸⁸ e demonstrações semelhantes têm sido feitas em tais áreas como bancos,⁸⁹ antitruste⁹⁰ ou arbitragem.⁹¹ Na melhor das hipóteses, tal demonstração pode indicar que é irreal generalizar, e que os benefícios a serem ganhos da competição regulatória são específicos por áreas.⁹² Entretanto, até mesmo na área de regulação

⁸² Para um exemplo semelhante da interessante “função de marca” do direito internacional privado, veja Snell, op cit., p. 43, explicando o caso Centros da CEJ desta maneira.

⁸³ Veja Stephen J Choi e Andrew Guzman, “The Dangerous Extraterritoriality of American Securities Laws,” 17 *Nw J Int'l L & Bus* 207 (1996).

⁸⁴ Veja Moloney, op cit. p. 12, nota de rodapé 28, referindo-se diretamente à tese desregulatória de Choi & Guzman.

⁸⁵ Joel Paul, “Free Trade, Regulatory Competition and the Autonomous Market Fallacy,” 1 *Colum. J. Eur. Law* 29 (1995), demonstrando que o direito e o Mercado não podem ser autônomos.

⁸⁶ Charles M. Tiebout, “A Pure Theory of Local Expenditures,” 64 *J Pol Econ* 416 (1956).

⁸⁷ Apesar de tentativas admitidamente convincentes para atenuar o problema de excesso de informação ou de “potencial Torre de Babel” que a escolha de lei aplicável ilimitada pareceria desencadear (veja Choi & Guzman, p. 924).

⁸⁸ Veja Richard L. Revesz, “Federalism and Regulation: Extrapolating from the Analysis of Environmental Regulation in the United States,” 2000 *Journal of Int'l Econ Law* 219-233.

⁸⁹ Butler & Macey, “The Myth ...”

⁹⁰ Eleanor M. Fox, “Antitrust and Regulatory Competition ...”

⁹¹ Para provas desta competição, W Michael Reisman, resenha de livro, 80 *Am JIL* 268.

⁹² Alcançando esta conclusão, Daniel C. Esty, “Regulatory Competition in Focus,” 2000 *Journal of Int'l Econ. Law* 215-217.

de securitização, onde os efeitos a terceiros são quicá menos importantes,⁹³ não está claro se a autonomia da vontade pura seria viável ou necessariamente traria resultados desejáveis. Mesmo deixando de lado o problema das escolhas viciadas devido a falhas de informação, tem-se apontado que os benefícios da competição poderiam ser colhidos somente se todos os legisladores estivessem prontos para estender reconhecimento ao regime escolhido; se o reconhecimento não for universal, então as dinâmicas de dilema do prisioneiro entrariam em questão.⁹⁴ Entretanto, a reciprocidade universal é altamente improvável, uma vez que a autonomia da vontade não será permitida por um regulador a menos que o escopo da regulação de securitização seja de fato a proteção dos interesses privados e não do mercado em si. Embora tal seja provavelmente o caso nos Estados Unidos,⁹⁵ a legislação europeia parece ter uma preocupação mais forte pela proteção do investidor,⁹⁶ e a autonomia da vontade é vista como sendo desatenta a efeitos sobre terceiros.⁹⁷ A mesma observação pode obviamente ser feita no campo de antitruste e insolvência. Demonstrações semelhantes dos vários focos da regulação econômica e suas consequências sobre a desejabilidade de livre competição legislativa tornam-se mais vigorosas ainda com relação às políticas de países em desenvolvimento, onde a regulação antitruste pode ser projetada para “aumentar a competição”⁹⁸ e onde preocupações ambientais podem conflitar com necessidades econômicas mais básicas.⁹⁹

5.3.1.2 A necessidade por equilíbrio: o rótulo atual do direito público é superinclusivo

Seria excessivo concluir, entretanto, que a competição regulatória através da autonomia da vontade não tem lugar no mercado global. De fato, muito da doutrina contemporânea no campo do federalismo econômico está preocupada em desenvolver o equilíbrio ótimo entre competição e cooperação.¹⁰⁰ O modelo da União Europeia inspira a idéia que um pré-requisito para a competição seria o acordo prévio sobre a harmonização essencial a fim de propiciar o “reconhecimento controlado” (*managed recognition*).¹⁰¹ Na falta desta, o reconhecimento de regimes estrangeiros poderia ficar restrito à escolha de certas jurisdições, ou condicionado a certas exigências de qualidade, de maneira semelhante às normas de

⁹³ Entretanto, hostil à idéia de que a regulação de *disclosure* de securitização não envolve efeitos a terceiros, Merrit B. Fox, op cit.; Joel P. Trachtman, “Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction ...” O próprio *Securities Exchange Act* prevê que as transações comumente conduzidas nesta área são “afetadas pelo interesse público nacional,” enquanto é geralmente tido que o artigo 10 b foi projetado para assegurar poder pleno do *Securities Exchange Act* sobre os mercados (veja Steve Thele, “The Original Conception of Section 10 (b) of the Securities Exchange Act” 42 Stan L Rev 385, 1990).

⁹⁴ Merrit B. Fox, *ibid*.

⁹⁵ Roberta Romano, “Empowering Investors ...” p. 2423, argumentando que não está claro o que *disclosure requirements externalities* de fato obrigam; compare com Choi & Guzman, argumentando que a regulação de securitização é baseada na transação. Pode-se também adicionar que grandes bolsas de valores estão crescentemente se baseando em técnicas auto-regulatórias.

⁹⁶ Veja Moloney, op cit., Capítulo III, demonstrando entretanto que a política de proteção proativa do investidor é algumas vezes preterida por objetivos de integração de mercado dentro da União Europeia.

⁹⁷ *Ibid*.

⁹⁸ Veja Eleanor Fox, “Antitrust and Regulatory Competition ...”

⁹⁹ Revesz, op cit.

¹⁰⁰ Ou “cooperação”, termo usado para descrever este equilíbrio por Esty e Geradin, op cit.

¹⁰¹ Veja Joel P. Trachtman, “Regulatory Competition ...”

conflito de leis alternativas ou condicionais.¹⁰² Na área de regulação de securitização, a reciprocidade parcial pode também ser uma opção, de acordo com a qual um estado estaria pronto para estender reconhecimento ao regime estrangeiro em certas áreas e não a outras (tal como *insider trading*), ou a certos tipos de investidores sofisticados.¹⁰³ Duas lições parecem emergir. Primeiramente, a desejabilidade de autonomia da vontade é atribuída aos objetivos e políticas de regulação econômica,¹⁰⁴ o que significa que as conclusões irão necessariamente variar. Segundo, os métodos atuais praticados pelas cortes para determinar o alcance da regulação econômica no mercado global são insuficientemente flexíveis; em especial, o rótulo do direito público permanece superinclusivo. Na verdade, o campo da regulação econômica sofre de um rótulo do direito público muito extensivo.¹⁰⁵ Com base em uma premissa correta, mas de alguma forma indiscriminada, que o direito econômico público envolve interesses governamentais, a prática americana, seguida pela União Européia,¹⁰⁶ tem tradicionalmente decidido em termos de jurisdição prescritiva em causas de antitruste¹⁰⁷ e na área de regulação de securitização.¹⁰⁸ Perante as cortes americanas, as disposições antifraude do *Securities Exchange Act* têm sido tradicionalmente qualificadas como “direito público”.¹⁰⁹ Entretanto, talvez seja hora de seguir o exemplo da jurisprudência, que parece demonstrar uma “mudança na maré”.¹¹⁰ Tal rótulo quiçá precise ser relaxado, a fim de compreender os objetivos complexos da regulação econômica e identificar as áreas nas quais o foco primário é nos interesses privados ao invés do bem público.¹¹¹ Um debate emergiu recentemente, no espetacular contencioso *Lloyd's*,¹¹² quando as cortes federais unanimemente mantiveram a autonomia da vontade como relação ao direito e foro inglês, apesar dos efeitos adversos sentidos nos Estados Unidos por investidores que foram induzidos por representantes do

¹⁰² Em casos onde o risco de externalidades é particularmente alto, tal como poluição ambiental, os países destinatários poderiam legitimamente aplicar deveres de compensação. Uma questão difícil então surge acerca dos limites para estas contramedidas: veja Revesz, op cit.

¹⁰³ Choi & Guzman, p. 943.

¹⁰⁴ Esta é uma questão familiar sob a teoria tradicional do direito internacional privado, de acordo com a qual a escolha do elemento de conexão não deve trair as políticas subjacentes da categoria jurídica relevante. Também explica porque as regras de direito internacional privado necessariamente variam mundo afora.

¹⁰⁵ Robert W. Hillman, “Cross-Border Investment, Conflict of Laws, and the Privatization of Securities Law,” 1992 Law and Contemporary Problems, 331, p. 333.

¹⁰⁶ A jurisprudência da CEJ indica que um raciocínio semelhante em termos de jurisdição prescritiva é adotado no âmbito do antitruste. A regulação européia de securitização ainda está na sua infância, relativamente às questões abordadas pela prática americana assim como ao alcance extraterritorial da regulação de securitização. Sobre a prática dos Estados Membros, veja Kronke, op cit., Capítulo 2).

¹⁰⁷ Mais recentemente, em *Hartford Fire*, 113 S. Ct. 2891 (1993).

¹⁰⁸ Veja por exemplo, *Zoelsch v. Arthur Andersen*, 824 F.2d 27 (DC Cir. 1987), rejeitando o caso por falta de competência.

¹⁰⁹ Kronke, op cit., p. 272 e nota de rodapé 94, acima.

¹¹⁰ Kronke, p. 276; veja também, Kelly, “Let there be fraud (abroad),” 28 Law & Policy in Int’l Business 477.

¹¹¹ Hillman, op. cit., p. 343; compare com Kronke, op cit., p. 298, enfatizando a importância da qualificação funcional das questões regulatórias relevantes. Numa linha similar, Jurgen Basedow, “Souveraineté territoriale et globalisation des marchés...”

¹¹² *Riley v. Kingsey Underwriting Agencies Ltd*, 969 F.2d 953 (10th Cir. 1992); *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353 (2d Cir. 1993); *Shell v. R.W. Sturge, Ltd*, 55 F.3d 1227 (6th Cir. 1995); *Allen v. Lloyd's of London*, 94 F.3d 923 (4th Cir. 1996); *Lipcon v. Underwriters at Lloyd's*, 148 F.3d. 1285 (11th Cir. 1998); *Bonny v. Society of Lloyd's*, 3 F.3d 156 (7th Cir. 1993). Veja: Darrell Hall, “No Way Out: An Argument Against Permitting Parties to Opt Out of U.S. Securities Law in International Legal Transactions”, Col. L. Rev. 1997.57; Courtland H. Peterson, “Choice of Law and Forum Clauses and the Recognition of Foreign Country Judgements Revisited Through the Lloyd's of London Cases,” 60 La. L. Rev. 1259; Hannah Buxbaum, “The Role of Public Policy in International Contracts: Reflections on the U.S. Litigation Concerning Lloyd's of London,” *Ipxax*, 2002, no. 3, p. 232.

Lloyd's para abdicarem suas fortunas pessoais em um nível de *disclosure* claramente inferior às - aparentemente - exigências dispositivas do artigo 10 b da Lei de Câmbio de Securitização. Quando a corte inglesa decidiu em favor de Lloyd's, o reconhecimento e a execução foram estendidos sem suspeição em nome da ordem pública americana.¹¹³ Isto não é prova suficiente dos perigos de se relaxar o tabu do direito público.¹¹⁴ O resultado foi ainda mais controverso porque as surgiram discrepâncias entre casos de execução de direito público por agências reguladoras, aqueles onde a ação é impetrada por um promotor de justiça privado, e casos em que o direito público é invocado para prevenir a execução de uma cláusula de escolha de lei ou de jurisdição.¹¹⁵ Neste último caso, uma importante função de execução parece ter sido abandonada numa corrida regulatória degenerativa para o fundo, em detrimento de interesses públicos americanos previstos em exigências federais dispositivas de *disclosure*. Lloyd's, já se afirmou, não sobreviverá ao caso Hartford Fire.¹¹⁶ Entretanto, também já foi defendido que as decisões Lloyd's podem não ser acidentais.¹¹⁷ Diversos precedentes sugeririam que a verdadeira razão em manter a autonomia da vontade reside na natureza privada dos arranjos, negociados livremente e isentos como tais do regime obrigatório de *disclosure*,¹¹⁸ seus efeitos admitidamente nocivos podem ser considerados como preocupantes a investidores privados, e não ao mercado americano como um todo.¹¹⁹ Análises recentes sobre a mudança de objetivos da regulação de securitização confere crédito a esta explicação. Parece que as exigências de *disclosure* do artigo 10 b podem agora ser justificadas somente por considerações de eficiência, e não pela atenção mais ampliada à proteção do investidor com as quais elas são mais frequentemente associadas.¹²⁰ Não existe, então, motivo pelo qual o direito internacional privado não poderia ser chamado a expressar preocupações semelhantes num contexto transnacional, em especial ao permitir autonomia da vontade em transações de boa-fé, assim fomentando a competição regulatória. Por outro lado, onde o bem público está diretamente envolvido, o rótulo do direito público está obviamente justificado e os interesses que este protege deveriam ser representados no contexto internacional. É aqui que o direito internacional privado poderia ser chamado para exercer uma função regulatória significativa.

6. A função regulatória do direito internacional privado¹²¹

Como, então, coordenar a regulação no mercado global e ao mesmo tempo permitir flexibilidade suficiente para acomodar diferentes concepções do alcance dos direitos nacionais

¹¹³ 233 F.3d 473 (7th Cir. 2000).

¹¹⁴ McConaughy, Dodge, op cit.

¹¹⁵ Hannah Buxbaum, "The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Litigation," 26 Yale J Int'l L 219 (2001).

¹¹⁶ McConaughy, op cit., p. 299.

¹¹⁷ Kronke op cit., p. 281, argumentando que a mudança da maré já era previsível em contenciosos envolvendo arranjos privados.

¹¹⁸ Seção 4 (2) Lei de Securitização. Veja por exemplo, Leasco Data Processing Equipment Corp. v. Maxwell, 468 F.2d 1326 (2d Cir. 1972);

¹¹⁹ De fato, o direito comparado demonstra que a proteção do investidor pode frequentemente ser tratada através das ferramentas ordinárias do direito-privado.

¹²⁰ Hillman, op cit., p. 344. Logo, a Securities and Exchange Commission (SEC) não mais vê a proteção do investidor como seu objetivo principal (Choi & Guzman, op cit.).

¹²¹ Este termo aparece no título de um excelente artigo escrito por Robert Wai, "Transnational Liftoff and Juridical Touchdown: The Regulatory Function of Private International Law in a Era of Globalisation", 2002 Colum J. Transnat'l L 209. Este foi

projetados para implementar o bem público? Atualmente, o contencioso envolvendo direito público estrangeiro está sujeito somente a uma abordagem unilateral, monopolista, que visa a garantir que as cortes do foro não servirão a interesses de estados estrangeiros.¹²² Isto é verdade com relação à implementação de regulação econômica estrangeira tanto nos Estados Unidos quanto na União Européia; uma abordagem definida em termos de “jurisdição prescritiva” requer a recusa de uma demanda quando esta não se sujeita ao alcance da legislação federal ou Comunitária, unilateralmente definida – geralmente por referência aos “efeitos” sofridos no mercado nacional.¹²³ Não é nenhum truismo afirmar que os comportamentos estatais focados neles próprios são dissonantes com a eficiência global¹²⁴ por gerarem inconsistências,¹²⁵ políticas protecionistas agressivas de estados aflitos para protegerem a competência do foro,¹²⁶ duplicação de procedimentos,¹²⁷ custos¹²⁸ e fraude,¹²⁹ em que se exige coordenação internacional.¹³⁰ Evidentemente, ausente um acordo internacional, é improvável haver qualquer solução ideal e certamente nem maiores probabilidades de se alcançar harmonia internacional do que no contexto mais tradicional, menos sensível, dos conflitos em direito privado.¹³¹ Entretanto, a consciência de que qualquer proposta seja

também o tema da tese de doutorado da presente autora sobre “La Fonction de la Règle de Conflit de Lois,” Univ. Paris 2, em 1985, embora admitidamente a significação de tal termo muito mudou desde então!

¹²² Sobre a justificação do unilateralismo das abordagens atuais, por referência à idéia que as cortes estatais não são concebidas para serem os instrumentos dos interesses públicos estrangeiros, veja, por exemplo, F. A. Mann, “L’execution internationale des droits publics,” Ver crit DIP 1988. 1.

¹²³ Sobre os três testes diferentes (condutas, efeitos e equilíbrio de interesses) que aparecem na prática americana, e sua relação aos testes usados em conflito de leis, veja William Dodge, “Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism,” 39 Harv. Int’l L J 101. Enquanto o teste do equilíbrio proposto pelo *Third Restatement on Foreign Relations*, seção 403 (veja Andreas F. Lowenfeld, *International Litigation and the Quest for Reasonableness*, Clarendon Press, Oxford, 1996, em especial capítulos 2 e 3) não foi rejeitado na mais recente decisão da Corte Suprema americana (*Hartford Fire*, 113 S. Ct. 2891, 1993), resta claro que a maneira em que o teste foi implementado chega muito perto de restabelecer o teste dos efeitos. Este último parece ter sido adotado de fato se não explicitamente pela Corte de Luxembourg no caso *Woodpulp* (1988, caso 89/85, 1988, RCE 5193).

¹²⁴ Mas para uma demonstração econômica sofisticada, veja Andrew Guzman, op cit.

¹²⁵ A dificuldade é bastante familiar: o unilateralismo (inclusive as formas neo-estatuárias tal como a análise dos interesses governamentais), nunca obteve sucesso em encontrar uma solução satisfatória para as lacunas e sobreposições, conflitos verdadeiros e casos *unprovided-for*.

¹²⁶ O notório contencioso *Laker* (veja US Court of Appeals District of DC 1984, DC 577 F. Supp. 348; House of Lords 1985, AC 58) é uma demonstração ampla da maneira pela qual a definição unilateral da jurisdição prescritiva cria a necessidade de proteger a jurisdição judicial (através de injunções *anti-suit*): veja Lowenfeld, op cit.

¹²⁷ Veja por exemplo, sobre a questão da aventura *Boeing/MacDonnell*, A Fiebig, “The Extraterritorial Application of European Merger Control Regulation,” 5 Colum. J Eur L 79 (1999).

¹²⁸ A duplicação dos procedimentos de execução obviamente geram altos custos quando a regulação relevante prevê sanções civis e criminais (veja Dorsey Ellis, “Protecting the Long-Arm of the Law: Extraterritorial Criminal Enforcement of US Antitrust Laws in the Global Economy”, 1 Wash. Univ. Global Stud L R 477.

¹²⁹ Veja Emschwiler & Cooper, “Beyond the SEC’s reach: Firms sell Obscure Issues to Foreign Investors” (*Wall Street Journal*, 16 de agosto de 2000, enfatizando a extensão pela qual a fraude de securitizações transnacionais é fomentada em razão da confusão sobre a jurisdição regulatória. Joel Trachtman, “Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law”, 42 Va J Int’l L 1 (2000).

¹³⁰ Sobre essa necessidade de coordenação, veja, entre muitos outros, Robert Wai, op cit.; W. Kronke, op cit.; J. Basedow, op cit.; Eleanor Fox, “National Law, Global Markets and *Hartford Fire*: Eyes Wide Shut,” 68 Antitrust L J 73 (2000); Andréas F. Lowenfeld, *International Economic Law*, Oxford, 2002, cujo capítulo 12, intitulado “Competition Law” foi contribuído por Eleanor M. Fox.

¹³¹ Uma notável exceção pode entretanto ser encontrada no ciberespaço, onde o conflito de valores públicos na Internet, tal como a colisão da liberdade de expressão com a proibição de expressão com conteúdo odioso (*hate speech*) (conforme ilustrado, por exemplo, no recente contencioso *Yahoo!*) pode ser mais facilmente resolvido do que no mundo real, devido

apenas uma segunda melhor opção (*second best*) não deveria deter as tentativas de definir maneiras em que uma estrutura regulatória, embora imperfeita, possa ser alcançada. Efetivamente, a interação entre uma quantidade rapidamente crescente de regulações econômicas nacionais,¹³² provavelmente se tornará o desafio principal para o mercado global nos próximos anos. A verdadeira pergunta é até que ponto as abordagens monopolistas ou puramente “horizontais”,¹³³ que enfocam no alcance do direito do foro e prestam pouca atenção ao bem-estar global, são inevitáveis. A renovação poderia ser obtida ao reconhecer que a regulação econômica é receptiva à metodologia do direito internacional privado, tradicionalmente restrita ao campo dos interesses privados. Isto implicaria aceitar que as cortes nacionais aplicam direito estrangeiro portando um rótulo “público” (A). Logo, envolveria construir um teste utilizável em que a função mediadora mais tradicional do direito internacional privado também daria espaço para políticas e objetivos ligados ao trabalho harmonioso do mercado global (B).

6.1 Estendendo o Conflito de Leis aos Conflitos de Interesses Públicos

6.1.1 Rompendo o tabu do direito público

O primeiro passo a ser dado seria enterrar a idéia de que o direito público como tal nunca é receptivo à abordagem do direito internacional privado porque o direito estrangeiro não é executável perante as cortes nacionais.¹³⁴ Seria obviamente irreal negar a existência de interesses estatais delicados com relação ao resultado de disputas na área da regulação econômica.¹³⁵ Entretanto, não procede a constatação de que tais cortes nacionais nunca deveriam estender suas jurisdições sobre demandas enquadradas como direito público estrangeiro. É um paradoxo comparativo estranho que a prática européia continental tenha chegado mais

à possibilidade de usar tecnologia “zoning” para assegurar o cumprimento com um teste de efeitos propriamente calibrado. Sobre a factibilidade deste “zoning” na web, que poderia acarretar “um espaço Coaseano de cumprimento sem custo” numa estrutura global, veja Lawrence Lessig & Paul Resnick, “Zoning Speech on the Internet: A Legal and Technical Model,” 1999 Michigan Law Ver 395; J. Reidenberg, “Yahoo! And Democracy on the Internet,” 42 Jurimetrics J. 261.

¹³² Sobre o crescimento espetacular da regulação nacional de antitruste, com que mais de 80 Estados hoje estão equipados, veja Eleanor M. Fox, “Antitrust and Regulatory Federalism: Races Up, Down and Sideways,” NYU L Ver 1781 (2000); uma descrição semelhante aplica-se à regulação do mercado de capitais (veja W. Kronke, op cit., em especial o Capítulo 5). Por exemplo, a organização intergovernamental africana, OHADA, agora tem uma regulação de securitização.

¹³³ Como definido por Eleanor Fox, tal abordagem reconhece os interesses de outros estados somente “num plano nação-para-nação, como se o problema fosse que as fronteiras territoriais não tivessem sido suficientemente cuidadas.” Conforme ilustrado pela abordagem do Ministro Scalia em Hartford Fire, isto tende a acarretar: “não toque nos meus cartões de exportação e eu não tocarei nos seus” ... (“National Law, Global Markets ...”, p. 81).

¹³⁴ O “direito público como tal” cobre pretensões baseadas diretamente em direito público, tal como uma pretensão baseada na violação de legislação antitruste, ao contrário da aplicação incidental de direito público estrangeiro, seja como parte da lei que regula o contrato ou como dado. Sobre a distinção, veja Hans Baade, op cit.

¹³⁵ A prática das cortes revela tentativas curiosas de negar a presença de interesse estatal (contraste, no contencioso Laker, as observações do Lord Diplock, para quem o contencioso estava dentro do âmbito do direito privado, veja 1985 ACp. 85, com a análise do juiz americano Wilkey, que viu “na raiz um claro confronto de políticas governamentais,” 731 F.2d 909, p. 955). Foi demonstrado muito convincentemente que a referência à cortesia internacional, recorrente nesta e em contenciosos semelhantes, pode funcionar alternativamente como uma ponte ou uma parede entre direito privado e política: Joel R. Paul, “Comity in International Law”, Harv. Int’l L J 1991. 1. Sobre a relação, mais geral entre o judiciário e política externa, a partir de uma perspectiva inglesa, L. Collins, “Foreign Relations and the Judiciary,” International and Comparative Law Quarterly (2002) 485.

perto deste resultado do que sua contraparte americana, apesar da ligação muito mais forte dessa última com o paradigma do interesse privado em direito internacional privado.¹³⁶ Entretanto, quaisquer que sejam as diferenças mundo afora, as razões para que o tabu do direito público pareça fadado a desaparecer são claramente universais. As mudanças parecem tão inevitáveis hoje quanto, há um século atrás, a aceitação gradual pelas cortes ainda trabalhando sob concepções territoriais, de que elas poderiam ignorar o “tabu do direito público” e aplicar o direito de outras jurisdições como tais.¹³⁷ Agora, assim como antes, dois tipos de entendimentos justificam relaxar qualquer abordagem exclusiva.¹³⁸

6.1.1.1 As implicações normativas da globalização

O primeiro está ligado ao postulado que se situa no coração do “paradigma do poder” subjacente à perspectiva da jurisdição prescritiva, e concebe o estado como uma cidadela regulatória.¹³⁹ Tal visão monopolista é dificilmente sustentável em um contexto

¹³⁶ Curiosamente, a prática europeia atualmente está muito mais próxima deste resultado do que estão as cortes americanas e a academia, embora aquela tenha tradicionalmente se oposto a qualquer sugestão que o direito internacional privado deveria se preocupar com interesses estatais. Significativamente, quando Gerhard Kegel lidou com o que geralmente é tido como a última gota à potencial influência de Currie na Europa (“The Crisis of the Conflict of Laws,” *Rec Cours Acad. La Haye*, 1964-II, t. 112, p. 91, e veja parágrafo primeiro deste artigo, acima, e nota de rodapé 10), ele o fez precisamente através da demonstração de que o direito internacional privado não envolve políticas governamentais, ou, para colocar a mesma idéia diferentemente, que os governos não estão interessados no resultado de contenciosos de direito privado. Efetivamente, no período pós-guerra mundial tomou-se crescentemente aparente que as regulações econômicas internacionalmente imperativas frequentemente interferiam com a liberdade de escolha das partes sobre a lei aplicável, tentativas de teorizar o seu impacto (teoria inicial de “Sonderanknufung” desenvolvida entre as duas guerras mundiais por Wengler e Zweigert no Instituto Kaiser Wilhelm; a posterior teoria da “lois de police” desenvolvida na França por Franceskakis no início dos anos 60) a regulação econômica internacionalmente imperativa parecer como uma exceção unilateral ao princípio metodológico geral da multilateralismo. Enquanto mantém o seu status excepcional em relação ao princípio da autonomia da vontade, o artigo 7 inciso 1 da Convenção de Roma sobre o Direito Aplicável às Obrigações Contratuais estipulava especificamente que as disposições imperativas de um terceiro estado que pretende regular uma certa transação qualquer que seja a lei escolhida pelas partes, podem ser aplicadas pela corte do foro quando apropriado. Logo, sem estender um tratamento comum aos conflitos de interesses públicos e privados, esta importante disposição parecia dispensar obstáculos jurisdicionais para a execução de direito público estrangeiro relevante para a disputa contratual. Esforços tem desde então sido direcionados ao refinamento da análise dos diferentes tipos de disposições imperativas enquadradas no artigo 7. Admitidamente, esta disposição tem sido apenas relativamente exitosa em generalizar a aplicação incidental de direito público estrangeiro: Alemanha e Reino Unido a rejeitaram, e aplicações concretas permanecem decididamente evasivas. Ademais, quando a CEJ foi acionada para definir o alcance da regulação econômica Comunitária, ela adotou uma abordagem enquadrada em termos de jurisdição prescritiva, que leva à rejeição de qualquer pretensão não apoiada pelo direito do foro. A cena americana, que há tempo é favorável às análises políticas do direito internacional privado, parece oferecer uma estrutura mais auspiciosa para uma teoria do conflito de regulação econômica. Entretanto, fora do contexto interestadual, que claramente absorveu a energia dos acadêmicos do direito internacional privado, o paradigma do poder inerente à tradição da *common law* tem persistido, e tem levado a lidar com o alcance internacional da regulação econômica federal em termos de “jurisdição prescritiva.” Esta abordagem tem sido agregada à questão da competência das cortes federais: se não há uma questão federal, então as cortes federais competência para decidir a disputa.

¹³⁷ Isto é, sem a intermediação dos direitos adquiridos ou outras doutrinas semelhantes (tal como a teoria italiana da recepção do direito estrangeiro) criadas para budar a tida impossibilidade para as cortes do foro em aplicar direito estrangeiro como tal.

¹³⁸ A multiplicação de relações privadas internacionais, devido em especial à nova facilidade de transporte e comunicação, era vista como tendo implicações normativas para os estados, que não mais podiam ignorar o direito estrangeiro sem injustiça aos litigantes privados. Ao mesmo tempo, as instituições estrangeiras foram invocadas como a base de pretensões perante as cortes do foro, que deviam portanto referir-se àquelas, por uma questão prática. Ambas as considerações normativa e pragmática igualmente aplicam-se hoje até onde o tabu do direito público está envolvido.

¹³⁹ Sob a abordagem da jurisdição prescritiva, a autoridade regulatória é uma expressão do poder do estado, para ser alocado como tal, porquanto o paradigma do direito privado vê a aplicação do direito estrangeiro como uma questão de justiça privada e conveniência.

global; os mercados interconectados claramente requerem uma estrutura verdadeiramente internacional.¹⁴⁰ As fronteiras territoriais não são mais (se é que elas um dia foram) uma barreira contra os efeitos econômicos de atividades oriundas de outras jurisdições.¹⁴¹ A interdependência econômica entre mercados nacionais assim se torna um argumento normativo em favor do dever de cada legislador de contribuir para a regulação global.¹⁴² O professor Robert Hillman argumenta que ao abrirem os seus mercados, os Estados na verdade renunciam à pretensão de competência regulatória exclusiva sobre transações transfronteiriças.¹⁴³ Indícios do elo entre as mudanças econômicas globais e a conseqüente necessidade de coordenação no campo da regulação econômica podem ser encontrados na prática judicial comparada. Por exemplo, a Corte Federal Suíça sustentou que à luz da crescente internacionalização dos mercados de capitais, estender assistência espontânea a autoridades estrangeiras é desejável para os próprios interesses nacionais suíços,¹⁴⁴ enquanto a recente codificação suíça de direito internacional privado prevê uma norma multilateral no campo da responsabilidade extracontratual oriunda de práticas antitruste.¹⁴⁵ Esses indícios são alargados pelo fato de que os testes utilizados para definir a jurisdição prescritiva são com freqüência praticamente permutáveis com àqueles reconhecidos dentro do direito internacional privado.¹⁴⁶ Por exemplo, enquanto a regra da razão implementada no *Third Restatement on Foreign Relations Law* dos Estados Unidos (Seção 403) levará apenas à decisão de não aplicar o direito do foro se os interesses envolvidos não pesarem em favor de sua aplicação, todavia, tal teste sugere uma prontidão em contemplar interesses públicos estrangeiros de forma similar à abordagem da “relação significativa” (*significant relation*) do *Second Restatement on the Conflict of Laws*.¹⁴⁷ Efetivamente, parece que a idéia tradicional, famosamente enunciada pelo Lord Wilberforce no caso *Westinghouse*, de acordo com a qual dar efeito ao direito público estrangeiro

¹⁴⁰ Kronke, p. 288; Eleonor M. Fox, “National Law, Global Markets and Hartford Fire: Eyes Wide Shut,” 68 *Antitrust L.J.* 73 (2000).

¹⁴¹ Veja Kenichi Ohmae, “The Borderless Worlds, 1990.” Num mapa político, as fronteiras entre os países estão tão claras como sempre. Mas um mapa competitivo, um mapa mostrando os verdadeiros fluxos de atividades financeiras e industriais, aquelas fronteiras amplamente desapareceram.” (p. 10)

¹⁴² Veja J. Basedow, “Souveraineté territoriale et globalisation des marches,” *Rec Cours Acad La Haye* t. 264, p. 9 (1997).

¹⁴³ Robert W. Hillman, “Cross-Border Investment, Conflict of Laws, and the Privatization of Securities Law,” 1992 *Law and Contemporary Problems* 331; para uma idéia semelhante, op cit., p. 285.

¹⁴⁴ Várias decisões exaradas em 1998 (veja BG 125, I, p. 65 e p. 79), estenderam a cooperação para agências regulatórias estrangeiras, tal como o Hong Kong Securities and Futures Commission, e a Comissão Nacional de Mercado de Valores (Espanha). Veja Kronke, op cit., p. 270. A interconectividade pode agora ser suficientemente estabelecida para contrapor o risco de gerar a dinâmica do dilema do prisioneiro. Outro interessante exemplo de prontidão para adotar metodologias mais abertas sob a pressão da globalização é o exemplo da Suprema Corte do Canadá no caso *Morguard Investment* de 1990 (3 SCR 1077 Can). Várias situações podem ser encontradas em que as cortes prontas para executar decisões estrangeiras exaradas com base em legislação pública híbrida em questões ambientais (veja sobre este ponto Robert Wai, op cit., e o texto acompanhando a nota de rodapé 203).

¹⁴⁵ Artigo 137 da lei suíça de direito internacional privado. Sob esta disposição, as cortes suíças decidirão uma pretensão de compensação com base na conduta exclusiva no mercado americano, mas não disponibilizará reparação (tal como perdas e danos punitivos) não disponível na lei suíça (veja Basedow, op cit., p. 440).

¹⁴⁶ Veja Dodge, op cit.

¹⁴⁷ Tal é verdade com relação ao teste dos efeitos, à medida que interesses estrangeiros podem ser considerados em casos de verdadeiro conflito. Embora, admitidamente, os efeitos da jurisdição permaneçam concorrentes, uma forma mínima de comparação pode ser exigida se os efeitos forem classificados como substanciais a fim de justificar a jurisdição prescritiva.

necessariamente implica em executar interesses hostis estrangeiros,¹⁴⁸ está em declínio;¹⁴⁹ na verdade, pode bem ser que a regulação na área da securitização, antitruste, meio ambiente ou proteção do patrimônio cultural enquadre-se dentro de categorias em que interesses “típicos” possam ser identificados como um pré-requisito necessário à coordenação.¹⁵⁰ Entretanto, recentes manifestações nos Estados Unidos para o *revival* do tabu do direito público¹⁵¹ claramente baseiam-se no distinto temor de que introduzir o conflito de leis levará à subordinação do bem público a esquemas puramente privados, ao invés de interesses estrangeiros. Esses temores estão inteiramente fora de contexto. Eles surgem muitas vezes de reações aos resultados atingidos no recente contencioso *Lloyd’s*,¹⁵² em que os particulares estariam sendo permitidos a abdicarem do direito público federal. Contudo, como nós vimos, tal rótulo era provavelmente inapropriado desde o princípio. Todavia, nos campos em que os interesses públicos autenticamente clamam por proteção, talvez seja hora de abandonar a idéia de que seria necessariamente contrário aos interesses do foro do estado servir aos objetivos soberanos estrangeiros ao aplicar o seu direito público.¹⁵³

6.1.1.2 Mistura de interesses, de fato

Mais pragmaticamente, a conclusão de que o direito público poderia sujeitar-se à metodologia do conflito de leis está relacionada com a mistura de interesses privados e públicos que já existe na prática e que torna toda tentativa de excluir os últimos do direito internacional privado muito difícil. De fato, um breve exame na jurisprudência recente em várias jurisdições aponta para tais mudanças nas categorias como a dificuldade chave encontrada na filosofia e prática contemporâneas nesta área. Nos Estados Unidos – agora a ser seguido pela União Européia¹⁵⁴ – o surgimento do promotor de justiça privado¹⁵⁵ e outros indicadores¹⁵⁶ em contenciosos transnacionais significam que as disputas entre litigantes privados podem bem envolver a execução de interesses regulatórios públicos.¹⁵⁷ Interesses

¹⁴⁸ “É axiomático que em questões de concorrência, a política de um estado possa ser a de se defender contra a política de ataque de outro Estado” (1978 AC p. 616-17). Esta posição é justificada por um número considerável de conflitos transatlânticos, que tem levado a um envolvimento judicial agressivo, em especial através do uso de injunções *anti-suit*, com vistas a proteger a jurisdição prescricional. Enquanto a natureza política desses conflitos é negável, uma visão mais esclarecida pode ser de que a não-aplicação do direito público estrangeiro, em casos onde a sua implementação é necessária para concretizar uma política estatal forte, é que seria considerada hostil (veja P. Mayer, “Les lois de polices étrangères,” JDI 1981 277).

¹⁴⁹ Veja a Resolução Oslo do Instituto de Direito Internacional, 1975, *Annuaire*, vol. 57 t. II, p. 2 e p. 166.

¹⁵⁰ Kronke, *op cit.*, p. 288.

¹⁵¹ Philip J. McConaughy “Reviving the Public Law Taboo in International Conflict of Laws,” 35 *Stan. J. Int’l L.* 255; Dodge, *op cit.*

¹⁵² Veja acima, nota de rodapé 113.

¹⁵³ Veja a impressionante relação de acordos da OMC incluindo referências ao direito da concorrência descrita por Eleonor M. Fox, “Antitrust and Regulatory Competition ...” p. 1787.

¹⁵⁴ A P. Kominos, “The Prospects for Private Enforcement of EC Community Law: *Courage v Crehan* and the Community Rights to Damages,” 39 *Common Market Law Rev* 447-487, e o Livro Branco da Comissão para a modernização do direito da concorrência da CE, *Prog. Com.* N.º 99/027, *Com* (99) 101, OJ 1999, C 132/1.

¹⁵⁵ Sobre as dificuldades levantadas pelo promotor de justiça privado em contenciosos internacionais, veja Hannah Buxbaum, “The Private Attorney General in a Global Age: Public Interests in Private International Litigation,” 26 *Yale J Int’l L* 219 (2000); Howard M. Erichson, “Coattail Class Actions: Reflections on Microsoft, Tobacco and the Mixing of Public and Private Lawyering,” 34 *UC Davis L R* 1 (2000).

¹⁵⁶ Veja Alan Riley, “Cartel Whistle-blowing: Towards an American Model?,” 9 *Maastricht Journal* 1 (2002).

¹⁵⁷ Novamente, a notório contencioso *Laker* é um excelente exemplo (veja acima, nota de rodapé 127).

públicos aparecem proeminentemente, também, em questões de jurisdição judicial portando um rótulo de direito privado, como o uso de *forum non conveniens* na área de responsabilidade pelo produto, onde ações coletivas com autores estrangeiros bem podem ser rejeitadas por razões ligadas aos custos de administração da justiça — ou, mais controversamente, à proteção da indústria americana no estrangeiro.¹⁵⁸ Nos países europeus, teorias neo-estatutárias estão ganhando novo espaço com abordagens baseadas em direitos fundamentais, que ao criarem direitos de ação tanto contra outros cidadãos quanto contra o estado, tornam nebulosa a separação entre as esferas política e jurídica. É também aparente que a mudança da relação entre os interesses estaduais e individuais não é uma via de mão única. Políticas regulatórias econômicas não são monopólio do direito público.¹⁵⁹ Em ambos os lados do Atlântico, a extensão do alcance da arbitragem para áreas previamente cobertas pela jurisdição exclusiva de cortes estatais¹⁶⁰ e a tendência de descentralizar procedimentos de execução¹⁶¹ contribuem para a incerteza generalizada com relação a onde colocar a linha divisora entre direito público e privado e, talvez para a indagação se ainda é necessário fazê-lo, do ponto de vista do conflito de leis. Se, então, admite-se que as razões que justificam o tabu do direito público não são mais convincentes como outrora, a próxima questão é como melhor coordenar aquelas regras que expressam políticas econômicas regulatórias.

6.2 Coordenando regulações conflitantes

6.2.1 Foco no bem-estar global

A doutrina recente convida a considerar uma visão mundial da regulação econômica,¹⁶² superando uma perspectiva “horizontal”,¹⁶³ para abarcar uma concepção “cosmopolita” de governança transnacional.¹⁶⁴ Em tal perspectiva, de acordo com a qual o “nosso velho

¹⁵⁸ Sobre o *foreign non conveniens* como uma ferramenta regulatória, veja R. Weintraub, “When and How to Demagnetise Magnet Forums,” 12 Kings College L.J. 195 (2001).

¹⁵⁹ Veja o texto do primeiro parágrafo deste artigo.

¹⁶⁰ A tendência foi instituída pela decisão *Misubishi* da Suprema Corte dos Estados Unidos (105 S. Ct. 3346).

¹⁶¹ Boundenbacher & Higgins, “Decentralization of EC Competition Law: Enforcement and Arbitration,” 8 Colum. J. Eur. L. 1.

¹⁶² A literatura é abundante. Veja, por exemplo Eleanor Fox, “National Law, Global Markets ...,” também, as excelentes contribuições, focando nas externalidades da globalização: “The New Movements in International Economic Law (Interdisciplinary Approaches to International Economic Law); American Journal of Law and Policy (1995), com observações introdutórias de Joel Paul sobre “Sovereignty and the Market”. Igualmente, “Antitrust Goes Global,” resenha de livro, 8 Colum. J. Eur. L. 141. Russel Weintraub, “Extraterritorial Application of Antitrust and Securities Laws. Na Inquiry into the Utility of a Choice of Law Approach,” 70 Tex. Law Rev. 1799.

¹⁶³ Eleanor Fox, “National Law, Global Markets ...” Porque um dilema do prisioneiro é desencadeado entretanto quando as cortes imitam acordos globais hipotéticos, a autora ensina que “países responsáveis” tomem a dianteira nesta nova abordagem, talvez sob os auspícios da OMC.

¹⁶⁴ Robert Wai, *op. cit.* Pode bem ser que tal concepção requiera muito mais do que uma abordagem de direito internacional privado possa efetivamente oferecer. Dentro da União Européia, foi sugerido, muito convincentemente, que a comitologia (*comitology*) pode ser a melhor — e talvez a única — resposta aos verdadeiros casos de direito internacional privado (veja as inovadoras publicações de Christian Joerges sobre esta questão, tal como “Law, Science and the Management of Risks to Health at the National, European and International Level – Stories on Baby Dummies, Mad Cows and Hormones in Beef,” 7 Colum. Journ. Eur. Law 1 (2001); Christian Joerges & Jurgen Neyer, “From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalization of Comitology,” 3 European Law Journal, 273-299 (1997); “The Law’s Problems with Governance of the European Market,” in Good Governance in Europe’s Integrated Market, ed. Christian Joerges & Renaud Dehousse, Oxford, 2002.

paradigma do Estado-Nação não é mais suficiente para a tarefa”,¹⁶⁵ o desafio é ver como o direito internacional privado poderia melhor servir não meramente ao bem público assim visto através das lentes nacionais, mas os requisitos de bem-estar global. Para fazê-lo, dever-se-ia enfocar em priorizar uma estrutura neutra para coordenação ao invés da implementação de interesses estatais específicos (a). Lições tanto do direito internacional tradicional quando de abordagens do tipo de interesses governamentais parecem indicar que o teste dos “efeitos” faz mais sentido tanto em termos políticos¹⁶⁶ quanto econômicos.¹⁶⁷ Entretanto, claramente requer-se maior determinabilidade, que poderia ser atingida incrementalmente ao construir princípios de preferência a partir do campo do estudo comparativo (b).

6.2.1.1 Bem-estar global como coordenação

Obviamente, problemas de definição surgem neste momento. Pode de fato haver um debate com relação ao instrumento de medida para mensurar o bem-estar global.¹⁶⁸ A recente análise econômica do direito enfocando na escolha do instrumento de medida tem reforçado os valores individuais tal como a proteção das expectativas das partes, redução dos custos da informação jurídica e evitar o *forum shopping* como os objetivos apropriados do conflito de leis, ao invés da promoção de interesses governamentais.¹⁶⁹ Tal posicionamento dificilmente surpreende o observador europeu, onde a “justiça do direito internacional privado” (*conflicts justice*) tem sempre servido a esses interesses, pelo menos em áreas tradicionais.¹⁷⁰ Dois problemas surgem com esse ponto de vista, entretanto. Por um lado, é inegável que no campo do direito público, regulações econômicas estatais obrigatórias expressam várias concepções de bem público, cuja implementação pode oprimir considerações

¹⁶⁵ Eleanor M. Fox, “National Law, Global Markets ...” p. 73; veja, também, J. Trachtman, “L’Etat, C’est Nous: Sovereignty, Economic Integration and Subsidiarity,” 33 Harv. Int’l L J 459 (1992). Compare, de uma perspectiva de direito internacional público, H. Ruiz-Fabri, “Immatériel, territorialité et Etat”, 43 Archives de Philo. Du Droit, 187 (1999).

¹⁶⁶ Por exemplo, o boicote secundário imposto extraterritorialmente pelos Estados Unidos sob a Lei Helms-Burton é considerado como um exercício ilegal de jurisdição prescritiva à medida que ele não tem nenhum embasamento sob a doutrina dos efeitos: veja Lowenfeld, “Congress and Cuba: The Helms-Burton Act”, 90 Am J Int’l L 419; Fidler, “Libertad v. Liberalism: An Analysis of the Helms-Burton Act from within the Liberal International Relations Theory, 4 IJGLS 297.

¹⁶⁷ Erin O’Hara & Larry E. Ribstein, “Second Generation Law and Economics of Conflict of Laws: Baxter’s Comparative Imairment and Beyond,” 51 Stan L Rev 1011 (1999); Joel Trachtman, “Conflicts of Laws and Accuracy in the Allocation of Governmental Responsibility,” 26 Vand. J. Transat. L 975 (1994), observando que a teoria dos direitos negativos de Lea Brilmayer é uma expressão em termos econômicos do conceito de externalização; pelo mesmo autor, “Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction and Choice of Law,” 42 Va J Int’l L 1 (2000). Entretanto, veja Guzman, op cit., demonstrando que a doutrina dos efeitos não garante um alinhamento dos incentivos do legislador local sobre os interesses da comunidade global. Embora isto possa ser verdade, o instrumento de medida do bem-estar global proposto por este autor descarta a questão distributiva que é possivelmente o coração do direito internacional privado. Implantar uma fábrica que polui o meio ambiente no estado A, de acordo com o critério global de Guzman, poderia ser globalmente desejável se os danos sentidos no Estado A forem minimizados por um aumento de lucros gerado para o produtor no estado B. Entretanto, a pretensão do estado A de regular esta questão restritivamente, sob o teste dos efeitos, dificilmente pode ser vista como ilegítima. O teste dos efeitos impede as questões distributivas de serem ignoradas e portanto garante a expressão das preferências locais.

¹⁶⁸ Chamando atenção para esta questão, Paul B. Stefan, “The Political Economy ...” p. 957.

¹⁶⁹ Por exemplo Erin O’Hara & Larry Ribstein, “From Politics to Efficiency in the Choice of Law”, 67 U Chi L R 1151 (2000); Michael Whincop e Mary Keyes, “Towards an Economic Theory of Private International Law”, 25 Austr. J. Legal Philosophy 1 (2000); Guzman, op cit.

¹⁷⁰ Veja G. Kegel, op cit., também Jan Kropholler e Jan von Hein, “From Approach to Rule Orientation in American Tort Conflicts?” in Law and Justice in a Multistate World, Essays in Honor of Arthur von Mehre, Transnational, 2002, p. 317, p. 339.

de justiça privada e conveniência.¹⁷¹ Por outro lado, a busca do bem-estar global não pode significar dar uma expressão coletiva para certos valores substantivos, como a proteção do investidor ou competição livre, pois as políticas do estado por trás da regulação econômica são inevitavelmente divergentes.¹⁷² Em termos práticos, esta dupla restrição somente pode significar que se o direito internacional privado deve sobrepor-se a abordagens provincianas ou “horizontais”,¹⁷³ sua contribuição ao bem-estar global deve residir exclusivamente em uma coordenação ótima das expressões divergentes de autoridades regulatórias,¹⁷⁴ impulsionada nada mais do que para evitar sub- e super-regulação em casos de externalidades transfronteiriças e erradicação de discriminação.¹⁷⁵ O direito internacional privado recuperaria sua “neutralidade” perdida neste tocante,¹⁷⁶ e os objetivos tradicionais um tanto obscuros tal como o “funcionamento sereno do sistema internacional”¹⁷⁷ ou a “coordenação de sistemas”¹⁷⁸ poderiam encontrar um significado renovado. Neste respeito, sugeriu-se, recentemente, que a prática nacional estendendo o alcance de acordos jurisdicionais e cláusulas de arbitragem para áreas previamente reservadas à jurisdição exclusiva de cortes nacionais, e correlativamente o reconhecimento deliberado de decisões estrangeiras ou laudos de arbitragem dentro de tais campos na arena internacional, está trazendo uma mitigação gradual ao unilateralismo estatal; normas internacionais de aplicação imediata são agora, na maior parte dos casos, apenas “semi-dispositivas”, porquanto a sua presença não é mais um obstáculo à livre circulação de decisões e laudos estrangeiros que não necessariamente cumprem com os seus requisitos.¹⁷⁹ A execução da decisão inglesa no contencioso Lloyd’s surge neste contexto como um excelente exemplo de auto-disciplina judicial no contexto internacional, induzida pela interconexão dos mercados globais.¹⁸⁰

¹⁷¹ Esta é uma das razões pela qual a criação de ações privadas para executar direito público econômico pode não ser uma solução ótima. Incentivos privados não necessariamente otimizam o bem-estar global: veja Paul B. Stefan, “The Political Economy ...”, p. 986.

¹⁷² D’agora de políticas potencialmente diferentes por trás da regulação de concorrência, veja Eleonor Fox, “Antitrust and Regulatory Federalism ...”

¹⁷³ Eleonor Fox, “National Law, Global Markets ...”, p. 84.

¹⁷⁴ A “mera” coordenação é uma tarefa enganosamente ambiciosa. Além da impossibilidade, descrita acima, de descobrir políticas compartilhadas universalmente, é a natureza complexa da regulação econômica, que demanda várias fontes e instrumentos diferentes (inclusive agências regulatórias) que a teoria clássica não imaginou. Veja sobre este ponto Kronke, op cit., p. 291, enfatizando que os riscos de inconsistência são maiores quanto mais heterogêneos e “incomuns” forem as ferramentas de regulação.

¹⁷⁵ Para tomar um exemplo da prática americana, um Estado que impõe sanções penais sobre empresas estrangeiras por engajarem-se em cartéis de exportação não pode esperar deferência internacional com relação as suas próprias políticas eximindo empresas nacionais de uma conduta semelhante. O *Webb-Pomerene Act*, 1918, prevê uma dispensa para cartéis de exportação, que foi ampliada pelo *Export Trading Act*, 1982.

¹⁷⁶ Veja acima. Sobre o conceito de “eficiência do direito internacional privado” ao contrário da “eficiência substantiva,” veja Trachtman, “Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction ...”. É certamente interessante que um autor americano esteja propondo uma distinção semelhante, central à tradição européia (veja G. Kegel, op cit.), que existe uma diferença entre direito internacional privado e justiça substantiva!

¹⁷⁷ US Restatement 2nd of the Conflict of Laws, seção 6, d, p. 13 (1971).

¹⁷⁸ Batiffol, Aspect philosophiques du droit international privé, 1957.

¹⁷⁹ L. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage: vers des règles d’application semi-nécessaire ? », Rev crit DIP 2003.1.

¹⁸⁰ Sobre o impacto da globalização no contexto da contencioso Lloyd’s, veja Horatia Muir Watt, “L’affaire Lloyd’s: globalisation des marches et contentieux contractuel”, Ver crit DIP 2002.508.

6.2.1.2 Princípios de preferência

Alguém pode portanto ficar tentado a formular um simples teste de “efeitos” multilaterais, no qual a autoridade legislativa seria atribuída à comunidade sofrendo os efeitos adversos mais extensos de uma dada atividade, e portanto com o maior incentivo de regula-la otimamente.¹⁸¹ Entretanto, muito embora tal idéia seja certamente plausível, é também um tanto simplista, assim expressa, e requereria enfrentar o problema da indeterminabilidade.¹⁸² De fato, onde os efeitos são muito difundidos, a difícil questão de pretensões regulatórias concorrentes deve ser endereçada; pode até ser necessário dispersar a jurisdição em tal caso.¹⁸³ Similarmente, quando a proteção do mercado nacional não é o foco de uma dada legislação estatal, faz pouco sentido aplicar sua legislação com base somente no teste dos efeitos.¹⁸⁴ Seria necessário refinar a regra. Princípios de preferência construídos com base em análise cuidadosa acerca da natureza e fonte das externalidades com as quais as legislações conflitantes buscam lidar pode ajudar a fornecer orientação em casos de interesses concorrentes; estudos de campo comparados poderiam contribuir, neste sentido, para a elaboração de elementos de conexão tidos como os mais largamente aceitos,¹⁸⁵ enquanto o conteúdo de acordos bilaterais já alcançados deveria ser levados em conta. Assim, usando o exemplo do antitruste, Eleonor Fox sugeriu que quando os efeitos estão circunscritos ao próprio Estado,¹⁸⁶ parece legítimo deixar-se regular soberanamente; por outro lado, quando há respingos ou “efeitos ondulados” (*ripple effects*) de condutas essencialmente projetadas a responderem às condições no mercado nacional,¹⁸⁷ a regulação ficaria mais bem deixada para o país destinatário, que teria maior incentivo para internalizar os efeitos anticompetitivos da conduta. Quando o foco da legislação nacional não é o mercado, mas atores individuais, o maligno princípio do reenvio pode ajudar a alcançar a coordenação ótima.¹⁸⁸

7. Conclusão: mercados globais e universalismo

Pode bem parecer ingênuo desejar soluções para os conflitos de regulações econômicas globalmente aceitas, “universais”, como se as prévias mudadas de direção da roda metodológica não tenham ensinado nenhuma lição. De fato, no campo do direito privado, esforços prévios

¹⁸¹ Sobre esta idéia, veja os autores citados na nota de rodapé 179, acima.

¹⁸² Veja Paul Stefan, “The Political Economy ...,” p. 964.

¹⁸³ Sobre esta questão, veja Joel Trachtman, “Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction ...,” apontando que tal solução não seria normalmente atingida através de um simples teste de dano concorrente (*comparative impairment*).

¹⁸⁴ Sobre a inadequação do mercado afetado como o elemento de conexão exclusivo, veja Kronke, op cit., p. 291, p. 368.

¹⁸⁵ O estudo comparativo de Herbert Kronke da prática no âmbito da regulação de securitização é uma excelente ilustração do tipo de análise que se poderia adotar. Veja em especial as muito detalhadas sugestões oferecidas no capítulo III do seu curso de Haia.

¹⁸⁶ Tal como nos casos Woodpulp ou Hartford Fire.

¹⁸⁷ Tal como no caso Nippon Paper (109 F.3d 1; sobre este caso como um “relato de advertência,” em vista das sanções criminais também presentes em caso de uma violação concorrencial, veja Dorsey D. Ellis, op cit., p. 492).

¹⁸⁸ Joel Trachtman desenvolve o conceito de “hegemonia contingente”, de acordo com a qual o governo mais interessado cuja autoridade regulatória é primordialmente alocada poderia então dispersar esta alocação e, sujeito à taxa da agência, delegar para outros reguladores. O bom e velho reenvio está decididamente renovado! Ele é de fato reinserido em novos contextos periodicamente (veja Larry Kramer, “Return of the renvoi”, 66 NYULR 979 1991; Adrian Briggs, “In Praise and Defense of Renvoi,” 1998 47 ICLQ 877; Paolo Picone, “La méthode de référence à l’ordre juridique compétent du for en droit international privé,” Rec Acad. La Haye 1986 II, p. 229).

para apresentarem o direito internacional privado como “neutro” não têm sido bem-sucedidos, enquanto análises de interesses governamentais, que podem parecer mais apropriadas no campo dos conflitos de direito público, carrega o duplo estigma de discriminação ou *lex forismo*. Mas pode ser que por mais divergentes que as políticas regulatórias possam ser, uma necessidade compartilhada de participação no mercado mundial cria bases comuns suficientes entre os direitos econômicos estaduais para que uma abordagem global seja sustentável. Baseada na coordenação, tal abordagem teria a dupla vantagem de ser aplicada por árbitros internacionais, cada vez mais chamados a participarem no trabalho sereno do mercado global, e de melhorar a responsabilização das agências regulatórias.¹⁸⁹ Tomar a dianteira das mudanças que já acontecem na própria União Européia, o preço a ser pago pela teoria jurídica Européia¹⁹⁰ seria de aceitar o direito internacional privado como uma ferramenta de economia política.

¹⁸⁹ Clamando por tal responsabilização, Anne-Marie Slaughter, “The accountability of Governmental Networks”, 8 *Indiana Journal of Global Studies* 347 (2000).

¹⁹⁰ Como o artigo de Joel R. Paul sobre “Comity in International Law” (1991 *Harv Int’l LJ* 1) demonstra, a verdadeira contribuição da interdisciplinaridade acadêmica americana para esta área tem sido em enfatizar a importância do contexto. O conflito de leis pode então ser investido de funções econômicas e políticas que estão muito além da estaca do paradigma do direito privado.

O QUE RESTA DOS BONS COSTUMES NO DIREITO DOS CONTRATOS?

“QUASE NADA OU QUASE TUDO?”*

Geneviève Pignarre**

“A moral é uma convenção privada; a decência é questão pública”

Marguerite Yourcenar

Mémoires d'Hadrien

Folho, 2002, p. 129-130

1 - Outros tempos, outros costumes?

Que estudante, ao preparar sua prova de francês ao final do curso secundário, não constata, com uma surpresa repleta de divertimento, o escândalo que valeu a Flaubert o aparecimento de “Madame Bovary”, bem como o processo decorrente de ofensa à moral pública que se lhe seguiu,¹ ou mesmo a condenação de Baudelaire por afronta aos bons costumes quando da publicação de suas “Flores do Mal”?²

De cunho penal,³ o conceito de bons costumes, quase tão antigo quanto o mundo (civilizado), sempre será protagonista de muitas reviravoltas; mesmo se o conteúdo das incriminações, como ocorre, tiver evoluído no curso do tempo, a repressão aos bons costumes só pode oscilar, *grosso modo*, entre condenação e absolvição. Nesse âmbito, as coisas são mais complexas que em vista do seu homólogo civil; a própria expressão dos bons costumes, por si só, parece ser, hoje em dia, em muitos aspectos, “conotativa”, principalmente quando se refere aos atentados à moral sexual; ela não é mais isenta de polêmicas. Se alguns lhe atribuem o charme discreto das noções que caíram, de certa forma, em desuso, outros, de perfil mais

* Texto originalmente publicado na França. Tradução livre e autorizada por Marcelo Boff Lorenzen (bolsista CAPES-Unibral, Giessen-UFRGS), Pablo Marcello Baquero e Denise Dias de Castro Bins. Revisão e harmonização de Marcelo Boff Lorenzen e Simone Regina Backes (Mestranda em Direito pela *Université de Lausanne/ Université de Savoie*), todos integrantes do grupo de pesquisa CNPq “Mercosul e Direito do Consumidor”, sob a coordenação da Prof.^a Dr.^a Claudia Lima Marques.

** Professora da *Université de Savoie*

1 J. D'ormesson: *Une autre histoire de la littérature française*, t. I, Seuil, Nil éditions, p. 219: o autor anota que “o procurador Pinard, o mesmo que alguns meses mais tarde procederia com sucesso contra Baudelaire, pronunciou uma acusação (*réquisitoire*) que se tornou célebre. Flaubert foi absolvido, mas as considerações do julgamento advertiram-no por não ter se dado suficientemente conta de que há limites que mesmo a literatura mais ligeira não deve transpor”.

2 Além da multa de 300 francos que lhe foi infligida (o que não deve tê-lo posto em boa situação se se atentar para os problemas financeiros recorrentes que o afligiam), o Tribunal Correicional do Sena ordenou, em 20 de agosto de 1857, a supressão de seis poemas contidos na conhecida coletânea. Quase um século mais tarde, em 31 de maio de 1949, a Câmara Criminal da Corte de Cassação voltou a se pronunciar sobre essa condenação nestes termos: “se determinados quadros, por meio de sua originalidade, tiveram o condão de alvoroçar alguns espíritos à época da publicação das Flores do Mal, e constituem, na visão dos Juízes, ofensa aos bons costumes, uma denúncia como essa – apenas aludindo à interpretação realista desses poemas e negligenciando seu sentido simbólico – parece ter caráter reveladamente arbitrário; ela não foi ratificada nem pela opinião pública, nem pelo julgamento dos letrados”. Citado por B. Lavaud-Legendre: *Où sont passées les bonnes mœurs?* Prefácio de A. Garapon, Le Monde, PUF, 2004, p. 2.

3 Vide a tese de P. Lapeyre: *Essai juridique et historique sur l'outrage aux bonnes mœurs*, Lille, 1931.

acusatório, põem-na sob exame, suspeitando de que veicule, ainda hoje, certos tabus “judeu-cristãos” (ou seja, um elenco de deveres), por intermédio dos quais surgiria o espectro de uma “ordem moral” incompatível com os ideais de uma sociedade democrática e laica. Nada refuta o fato de que os bons costumes, intrinsecamente “versáteis”,⁴ não correspondem mais ao objeto de um consenso e, em razão de serem mais difíceis de compreender, não se encontra em direito civil a muralha de defesa constituída pelo princípio da legalidade dos delitos e das penas no direito penal. No entanto, deve-se observar que uma sociedade não pode tudo permitir, assim como não pode tudo a si mesma permitir. É, portanto, no interior desse compromisso, com a inelutável sombra trazida por esse duplo imperativo de salvaguarda, que se situa, segundo a nossa opinião, o debate originado em resposta à proposta estimulante, mas difícil, de Denis Mazeaud.

2 - Artigo 6 do Código Civil: texto e contexto

No direito dos contratos, os bons costumes aparecem expressos no Artigo 6 do Código Civil, segundo o qual “não se podem derrogar por convenção particular as leis que interessam à ordem pública e aos bons costumes”.

Texto que “se encontra não apenas materialmente, mas também juridicamente no próprio frontispício do Código Civil”,⁵ o Artigo 6 abriga a ideologia a ele inerente.⁶ Prova disso é a sua localização, não sem significado, no cerne do *Título Preliminar*⁷ que fixa os contornos de obediência à lei, esta como ato de autoridade e como modelo;⁸ ao cumprir esta função, esse texto proclama a distinção entre leis imperativas ou proibitivas e leis simplesmente permissivas ou dispositivas, mesmo se se admite comumente que, a despeito do seu teor, é vedado derrogar os bons costumes ainda que eles não fossem previstos por nenhuma outra disposição.⁹

Texto “fundamental”, mas também “dúbio”,¹⁰ o Artigo 6 encerra, igualmente, um estranho paradoxo, amparado no fato de que se apresenta, ao mesmo tempo, como uma

⁴ A expressão é de D. Fenouillet, in *Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!* in *Le droit français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à P. Catala*, Litec, 2001, pp. 487 e s.

⁵ J. Bonnet: *La notion juridique de bonnes mœurs, sa portée en droit civil français, Etudes de droit civil en l'honneur de H. Capitant*, Paris, 1930, p. 95.

⁶ Vide, a esse respeito, a importante contribuição de E. Géraud-Llorca: *L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil, in Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, 1993 (org. J. Chevallier), pp. 61 e s.

⁷ O título preliminar foi finalmente substituído por aquilo que devia ser um livro preliminar ambicioso a tratar do “direito e das leis em geral”, devido a Portalis (vide *Naissance du Code civil, textes rassemblés par F. Ewald et al.*, 1989, pp. 92 e ss.), que o quis superior ao Livro das Leis de Domat (E. Leduc, *Portalis*, 1990, p. 196). Acerca da gênese e da concepção do título preliminar, bem como das idéias expressas por Portalis quando da sua redação, vide *Le Titre Préliminaire du Code civil* (org. G. Fauré e G. Koubi), Economica, 2003, e, mais especificamente, Ch. Hannoun: *Archaisme et post-modernité du Code civil*, pp. 5 e s.

⁸ Ch. Hannoun: *Archaisme et post-modernité, op. cit.*, pp. 10-11, 15-16.

⁹ O Artigo 6 refere, certamente, leis que interessam aos bons costumes, mas o interesse e o objetivo dessa noção consistem em “permitir, mesmo para além do âmbito legal, uma moralização das relações sociais, mesmo na ausência de textos repressivos e no silêncio dos poderes públicos”. (Nesse sentido, vide J. Hauser e J.J. Lemoulant: *Ordre public et bonnes mœurs*, Repertório de Dir. Civil Dalloz, março de 2004, n.º 171, p. 29.

¹⁰ M. Pena: *Les origines historiques de l'article 6 du Code civil*, RRJ, 1992, p. 499: “Fundamental porque o texto adentra em toda a regulamentação do ato jurídico tomado em suas múltiplas variedades, dúbio porque ele pode ser a chave de interpretações antagônicas do Código Civil”

manifestação e um limite à liberdade contratual. É que os bons costumes, ao constituírem a face oculta das relações entre o direito e o Estado (liberal ou totalitário), deixam transparecer uma concepção das relações do sujeito em vista do poder e delimitam mais concretamente a questão acerca dos limites da intervenção das instâncias públicas nas condutas privadas.¹¹ Essa constatação explica o lugar que foi (ou continua?) reservado aos bons costumes na ordem de comportamentos contratuais.

Na ausência de definição precisa, uma vez que o Código Civil permaneceu assaz lacônico sobre a noção de bons costumes, muito cedo se discutiu sobre o alcance que convinha lhes atribuir. Se o primeiro grupo de comentaristas, puros exegetas, considerou perigoso definir uma fórmula geral e conferiu-lhes apenas um alcance limitado,¹² uma vez que os bons costumes existiam “apenas se estivessem determinados e protegidos pela lei positiva”,¹³ os autores clássicos que se seguiram, sensíveis às idéias da escola sociológica, adotaram uma concepção mais abrangente acerca do conceito.¹⁴

A imagem de um riacho de montanha a que se fez alusão para representá-los, “tímido em certos momentos, desaparecendo ao longo do curso, seguindo um caminho subterrâneo e reaparecendo em seguida, mais copioso, mais pujante e impetuoso do que nunca”,¹⁵ fornece uma representação bastante adequada de sua força evocatória, necessariamente flutuante. É que os bons costumes, contextualizados no espaço e no tempo, podem, como constatamos, avizinhar-se do nada ou do tudo, em consonância com as sociedades e as épocas.

Prova disso é a evolução do direito positivo posterior ao Código Civil, que demonstra uma “decadência interna da noção, notadamente sob seu aspecto sexual”. Essa “incapacidade,

¹¹ Sobre a consideração segundo a qual o Código Civil constitui uma figura de proa do liberalismo, vide D. Lochack: *Droit, normalité et normalisation*, in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983 (org. J. Chevallier), p. 56.

¹² J. Bonnet, *op. cit.*, p. 96. O autor, a partir de Capitant, considera que “o Artigo 6 [...] não tem, de modo algum, o condão de eivar de nulidade as convenções que, sem violar nenhuma prescrição determinada, são, no entanto, imorais ou contrárias à ordem pública. Essas convenções ficam fora do seu domínio; elas só cedem sob o golpe dos Artigos 1131 e 1133”. Vide, mais especificamente, Capitant (*De la cause des obligations*, 1923, 3ª ed., 1927, n.º 112, p. 232), estimando que os Artigos 1131 e 1133 são “dois Artigos fundamentais, verdadeiros guardiões do interesse geral e da moralidade pública”, o Artigo 6 teria um alcance muito menor que os dois outros.

¹³ É nessa linha que Huc, ao prestar homenagem a todo o poder da lei (*Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. I, 1892, n.º 194, p. 18), havia resumido a sua concepção ao estabelecer uma “lista” sob a forma de cinco proposições. Foram considerados como contrários aos bons costumes: o concubinato e todas as convenções a ele respeitantes; os textos legais referindo-se à repressão dos atos representativos de atentado à decência pública; o emprego inadequado da própria fortuna; as idéias e princípios que triunfaram em 1789 e que formam a base da sociedade moderna; a sanção emanada da infração à boa-fé. Acerca do conteúdo e da apreciação de tal abordagem, vide L. Tchapdaroff: *De la notion de bonnes mœurs, Essai théorique sur la recherche d'un critérium*, Tese, Toulouse, 1927, pp. 11 e s.

¹⁴ Os bons costumes são a moral vista sob a luz dos fatos sociais. Nesse sentido, Laurent (*Cours élémentaire de droit civil*, t. I, n.º 18, p. 139), considera que “a moral é progressiva” e que, em cada época da vida da humanidade, há uma doutrina sobre a moral – uma moral pública – que o juiz deve consultar, pois se trata de julgar a conformidade de um ato em relação aos bons costumes. Demogue, mais ousado (*Sources des obligations*, 1ª ed., t. II, n.º 773 bis, p. 598) estima, por sua vez, que “os bons costumes não se determinam a partir de uma ideal religioso ou filosófico, mas a partir dos fatos e da opinião comum”. Vide, em complementação, L. Tchapdaroff: *De la notion de bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 35 e s. Vide, comparativamente, também J. Carbonnier: *Droit civil, Les Obligations*, t. IV, PUF, 2000, n.º 68, para quem “os bons costumes evocam, ao mesmo tempo, a moral e o costume, sem se identificar com nenhum deles”.

¹⁵ Z. Oprea: *Essai sur les bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand*, Tese, Paris, 1935, p. 327.

¹⁶ J. Hauser: *L'ordre public et les bonnes mœurs*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, (org. P. Rémy-Corlay e D. Fenouillet), Dalloz, 2003, Coleção *Thèmes et commentaires*, p. 106.

falha de uma ambição comum e coletiva, de definir o que é vedado”¹⁶ teria contribuído para o desaparecimento dos bons costumes? De qualquer modo, no entanto, a sua oração fúnebre foi solenemente pronunciada¹⁷ e, juntamente com ela, os projetos de codificação europeia¹⁸ não lhes fazem nenhuma referência.

Seremos tentados a responder à questão “o que resta dos bons costumes no direito dos contratos?” da seguinte forma: nada ou quase nada, (I) ao contemplar o movimento conjuntural e a tirânica “evolução dos costumes”; salvo se nos negarmos a apreender um traço talvez superficial de uma noção sem cunhos atuais e tentarmos superar um dilema, no primeiro contato, de modo aporético; estaremos também atentos a outros aspectos: às vozes do passado que, por vezes, a ele remontam e vêm conferir aos bons costumes um futuro em que estes terão tudo ou quase tudo a ganhar (II).

I - O que resta da noção de bons costumes no direito dos contratos? Nada ou quase nada?

3 - As razões do declínio: do dogma herdado do Código Civil ao relativismo atual do Artigo 6

No sistema do Código Civil, os bons costumes previstos no Artigo 6 apóiam-se sobre duas bases: primeiramente, é a profissão de fé jusnaturalista de Portalis¹⁹ que funda o recurso a uma ética social. A partir desse significativo ponto de partida, Ambroise Colin e Henri Capitant afirmarão, de modo bastante direto: “a expressão não pode provocar nenhuma incerteza [...] os bons costumes são a moral”.²⁰ De forma reveladora, alguns julgados utilizam, sem diferenciação, um ou outro termo;²¹ os costumes *bons* (o qualificativo não é neutro) são aqueles conformes à moral, e esta é identificada explicitamente como a moral cristã.²² Compreende-se, assim, por que os bons costumes, sob seu aspecto proibitório acerca das relações sexuais e familiares, sofreram uma retração considerável²³ em seu campo de aplicação,

¹⁷ D. Fenouillet: *Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique!*, *op. cit.*

¹⁸ Assim, a questão da imoralidade é expressamente excluída do Capítulo 4, relativo à validade do contrato.

¹⁹ *Discours préliminaire du Code civil, in Recueil des travaux préparatoires par P.A. Feneç*, t. I, p. 509. Vide, em complementação, as palavras do tribuno Ludot quando da sessão de 18 frimário, ano X, Arquivos Parlamentares, 2ª série, t. III, p. 70: “as leis essencialmente conservadoras dos costumes não podem consagrar a imoralidade”.

²⁰ A. Colin e H. Capitant, *Cours de droit civil*, 1923, t. I, pp. 62-63.

²¹ Vide, por exemplo, acórdão de 10 de julho de 1845, DP 1845, 1, p. 386; acórdãos da Câmara Cível da Corte de Cassação de 3 de janeiro de 1879, DP 1879, 1, p. 77; 18 de novembro de 1913, DP 1917, 1, p. 161.

²² Ou seja, a moral oficial. Nesse sentido, vide E. Géraud Llorca: *L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil*, in *Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, 1993 (org. J. Chevallier), p. 70. Vide também as referências citadas. Acrescentemos que na linguagem jurídica as noções utilizadas remetem, sem dúvida possível, às práticas sexuais. Isso vale para a pornografia, que intervém para classificar os filmes “X”, ou mesmo para a taxação do serviço telefónico erótico (*minitel rose*). Nesse sentido, vide D. Lochack: *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 40.

²³ Esta última explica aquele? O novo Código Penal, de 1994, suprime a referência aos costumes; assim, ele refere agressões sexuais e, além disso, atentados aos costumes; nada acerca do ultraje público ao pudor; o proxenetismo é reprimido a título de atentado à dignidade da pessoa; os atentados sexuais cometidos contra menores são-no a título de periclitación de menores. Quanto à infração de ultraje aos bons costumes, ela simplesmente desapareceu. Vide, a respeito, D. Lochack: *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs (puissance et impuissance de la norme juridique)*, in *Les bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 19, bem como a nota de rodapé precedente. Notaremos, além disso, que, a partir da lei de 25 de julho de 1985, o mesmo Código Penal sanciona a discriminação com base nos costumes.

e este, analogamente, contribuiu com a causa imoral que a jurisprudência havia elaborado²⁴ por meio da aplicação mais ampla do Artigo 1333. A perda dessa base causal, repleta de consequências, produziu um efeito desqualificador sobre a noção. Frente à ineficácia da norma jurídica que continha a inexorável liberalização dos costumes,²⁵ que ela se contentou em constatar, não há mais *bons* costumes nas nossas sociedades contemporâneas, há apenas costumes, assimilados pelo direito em consonância com a sua medida antropológica (A).²⁶

Outra base de não menor importância é o parentesco dos *bons* costumes com a ordem pública. Gramaticalmente vinculadas ao Artigo 6, as duas noções estão, atualmente, indefectivelmente ligadas.²⁷ De fato, como consequência da dupla vedação que anuncia, o Artigo 6 tem fortes correlatos legais,²⁸ como os Artigos 1131 e 1133,²⁹ por um lado, e o Artigo 1128, por outro lado, através de cuja aplicação são sancionados, respectivamente, os comportamentos contratuais imorais e/ou ilícitos. A distinção entre esses dois textos, no entanto, está longe de ser clara; os tribunais entrecruzam, ao seu bel-prazer, os “diferentes parâmetros” e utilizam frequentemente, de modo indiferenciado, um e/ou outro;³⁰ isso explica por que a sanção das convenções contrárias aos *bons* costumes pode ser empreendida tanto em referência à imoralidade quanto à ilicitude e, além disso, tanto no terreno da causa³¹ quanto naquele relativo ao objeto.³² Desse modo, diluídos no cerne de uma ordem pública tentacular, os *bons* costumes tornam-se um de seus múltiplos componentes; e sob a influência dessa atratividade, simplesmente desaparecem (B).

²⁴ Ripert, citando Capitant (*De la cause des obligations*, *op. cit.* N.º 66, p. 131), constata que, agindo assim, a jurisprudência apenas retomou e completou a obra dos canonistas que já havia caracterizado, no direito, “um progresso do espírito de moralidade”. (*La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, 4ª ed, n.º 36, p. 69). De modo mais geral, vide a tese de R. Dorat des Monts: *La cause immorale* (*Étude de jurisprudence*), 1956.

²⁵ Mesmo se, desde os primeiros séculos do Cristianismo, as Epístolas de Paulo mostram a que ponto, “ao lado dos adeptos, tidos por atletas espirituais, virtuosos da continência, capazes de afrontar tranqüila e simplesmente a tentação da carne, a violência e a tortura [...], perdura nas comunidades cristãs um *pluralismo de atitudes*: acerca do tema da sexualidade, do casamento e da procriação”. J.C. Guillebault: *La tyrannie du plaisir*, Seuil, coleção *Points*, pp. 221-222.

²⁶ A distinção entre direito e costume já foi empreendida por Montesquieu no *Espírito das Leis*, cap. XVIII, 13. Sobre as relações entre direito e costume, veja, especialmente, a *Revue Droits*, 1994: *Droit et mœurs*, n.º 19; vide, especificamente, a abertura de D. Alland: *Les mœurs sont-elles solubles dans le droit?*, pp. 3 e s.; J. Commaille: *Droit et mœurs ou l'avènement d'un modèle d'illegitimité réciproque*, pp. 63 e s.; A.G. Slama: *Le nouvel ordre juridique « moral »*, pp. 37 e s.; *Sociologie des mœurs*, *L'année sociologique*, 1993, e, especialmente, o estudo de I. Théry: *Le droit et les mœurs, un enjeu politique, la refonte du Code civil et le paradoxe de la situation française*, pp. 85 e s.; R. Boudon: *Penser la relation entre le droit et les mœurs*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, pp. 11 e s.; Y. Lequette: *Le droit est la semence des mœurs, in 1804-2004, Le discours et le Code, Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Litec, 2004, pp. 391 e s.; D. Lochack: *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs*, *op. cit.*, pp. 15 e s.

²⁷ Vide, por exemplo, J. Carbonnier, *Droit civil, Obligations*, *op. cit.*, n.º 55; J. Hauser e J.J. Lemoulant: *Ordre public et bonnes mœurs*, *op. cit.*, n.º 170, p. 29 e as referências citadas.

²⁸ Independentemente dos outros textos do Código Civil que referem os *bons* costumes, tais como os Artigos 900, 1172 e 1387. Vide, em complementação, o Artigo 3 da Lei de 1º de julho de 1901, relativa à liberdade de associação.

²⁹ Juntamente com as convenções que são imorais porque sua causa é imoral (Artigos 1131 e 1133), o Código Civil distingue as convenções afetadas por uma condição imoral e opera, neste caso, uma nova distinção, não aplicando o mesmo regime aos atos a título gratuito (Artigo 900) e aos atos a título oneroso (Artigo 1172).

³⁰ É, por exemplo, o caso de cessões de clientela civil que, antes de ser admitidas na jurisprudência, foram passíveis de sanção com fundamento na causa e, posteriormente, com base no objeto ilícito. Pode-se, ademais, pensar na condenação solene, pela assembleia plenária da Corte de Cassação, das convenções relativas à gestão por substituição.

³¹ Vide, por exemplo, as convenções relativas às casas de jogo não-autorizadas; vide também a jurisprudência em matéria de agenciamento matrimonial que, em razão da inexistência de um texto expresso, declarou, por muito tempo, nulo esse contrato, como se desse azo a uma indústria ilícita amparada no casamento. Vide nota de rodapé n.º 37 *infra*.

³² A exemplo dos contratos firmados entre um herdeiro e um genealogista.

A - Não há mais bons costumes, há apenas costumes

4 - Variações sobre um qualificativo

Hannah Arendt, na Condição do homem moderno, demonstrou, com perspicácia, de que modo foi constituído um domínio público distinto do domínio privado e, logo em seguida, anunciou o completo desaparecimento de sua diferença, ambos tendo sido reabsorvidos na esfera social.³³ Estranha atualidade dessa meditação filosófica, com a qual sociólogos e antropólogos do direito contribuirão por meio de preciosos esforços;³⁴ ela fornece alguns elementos para abordar a passagem dos *bons* costumes aos costumes, tendo como paradigma o retorno de um princípio clássico do pensamento liberal: o princípio de não-ingerência do Estado no universo privado dos indivíduos, necessariamente tributário das relações entre a esfera privada e pública.³⁵ Esse estado de coisas repercute na esfera do direito: constatado em grande escala, o fato jurídico torna-se um fato social em meio a outros, ele se banaliza. Essa banalização impõe ao direito uma neutralidade da qual se torna prisioneiro; o direito não resolve, ele regula, com preceitos, o âmbito de flexibilidade. Essa recomposição dos limites normativos transforma os critérios da juridicidade: o *dever ser*, sob a influência, em tal medida, do social, esgota-se no que *é*, o qual, em revanche, “dita a sua lei”; assim, “a passagem para uma juridicidade flexível, adaptável, negociável, brandamente sancionada, grandemente instrumentalizada [...], não mais permite que sempre se trace uma fronteira clara entre o lícito e o vedado”,³⁶ primeiras ilações: os *bons* ou *maus* costumes é que se diluem no seio dos costumes. A exigência de conformidade dos primeiros cede, os segundos não são mais sancionados; a indiferença do direito em relação à delimitação do domínio legítimo (prescrito pelo Artigo 6) e do domínio repreensível (proscrito pelo Artigo 6) acentua, em contraponto, seu caráter antropológico, tornando mais impreciso o campo atribuído aos bons costumes.

5 - As partes escondidas do domínio das convenções contrárias aos bons costumes

Tão logo nos entregamos ao exame das convenções imorais em observância aos termos traçados por Ripert em sua “Regra Moral”,³⁷ somos surpreendidos pela evidência

³³ Seria necessário, neste momento, reler os ricos desenvolvimentos que Hannah Arendt consagra em sua obra *The Human Condition, Condition de l'homme moderne*, trad. do inglês de G. Fradier, prefácio de P. Ricoeur, Calmann-Lévy, 1961 e 1983, coleção *Agora*, sobretudo as pp. 110 e s.

³⁴ Acerca dessa ascensão do social, vide J. Commaille: *La sociologie et les sens du droit, Droits*, 1989, n.º 10, pp. 23 e s.; *Code civil et nouveaux codes sociaux*, *Le Code civil 1804-2004, Livre du Bientenaire*, Dalloz-Litec, 2004, pp. 59 e s., sobretudo pp. 66 e s.; F. de Singly: *Identité personnelle et identité statutaire dans la sphère privée et la sphère publique*, in *Le privé et le public*, APD, t. 41, Sirey, 1997, pp. 53 e s.; *La famille: transformations récentes (dir.)*, problèmes politiques et sociaux, dossiers d'actualité mondiale, la Documentation française, 1992, n.º 685.

³⁵ Sobre a ampliação da esfera do privado e sobre a ideia segundo a qual aquilo que concerne à conduta dos indivíduos na sua vida privada não diz respeito nem aos poderes públicos, nem ao Estado, vide D. Fenouillet, *Les bonnes mœurs sont mortes*, op. cit., pp. 491 e s.; B. Beignier: *Vie privée et vie publique*, in *Le privé et le public*, APD, t. 41, Sirey, 1997, pp. 164 e s., sobretudo p. 172; de modo geral, vide o conjunto do volume a esse respeito.

³⁶ B. Oppetit: *Les incertains frontières de l'illicite*, in *Droit et modernité*, PUF, *Doctrines juridiques*, 1998, p. 21.

³⁷ Vide, por exemplo, o estudo bastante detalhado que Ripert consagra ao domínio dos bons costumes e à diversidade do campo de aplicação dessa noção. Assim, ele examina as convenções imorais, a título de que ele elenca as “túrbidas negociações nas quais os contratantes especulam sobre os vícios da humanidade” (*La règle morale*, op. cit., n.º 25, p. 49; vide, de modo mais geral, o n.º

fornecida pelo distanciamento da história. Esta, confrontada com o direito positivo contemporâneo, deixa transparecer uma regressão constante dos bons costumes, assimilados por meio do prisma da moral tradicionalmente englobada pelo direito; e esse aspecto oculto não é nada mais que o ponto visível do *iceberg*; ele não deve mascarar o que se trama em profundidade e que é obra tanto de uma visão legislativa quanto daquela de um voluntarismo jurisprudencial;³⁸ gostaríamos de fornecer algumas ilustrações emprestadas das relações familiares de modo que as convenções a elas subjacentes ofereçam uma ilustração tópica do retraimento da proibição prevista no Artigo 6.

6 - O “dado” perdido em virtude da lei

A família, berço privilegiado e “santuário dos costumes”, constitui um bom terreno para experimentações. Os costumes, da maneira segundo a qual os entendia Portalis, foram, durante muito tempo, indissociáveis dos *bons* costumes em razão da sua aliança selada com a moral herdada do cristianismo, que representava referência universal. Essa monovalência não existe mais. O surgimento de uma pluralidade de modelos familiares, fonte de relativismo, causou o estilçamento do esquema unitário que os codificadores haviam subscrito, o que colocou sob questão a própria idéia de modelo em matéria familiar.³⁹ Observa-se “uma coincidência marcante entre o advento da sociedade e o declínio da família, o que indica claramente que, de fato, a célula familiar foi reabsorvida pelos grupamentos sociais correspondentes,⁴⁰ cujo exemplo claro são as situações de quase conjugalidade definidas ou

24 e s., pp. 42 e s. e as referências citadas), o que lhe permite, de fato, incluir em seu exame as convenções relativas à vida, ao respeito à pessoa, aquelas que levam a um enriquecimento injusto, como o jogo, o contrato dito “bola de neve”, que enriquece um especulador por meio da confiança ingênua do público, a criação de efeitos de complacência por meio dos quais um comerciante cunha moeda falsa (n.º 26, p. 51), o juiz não hesitando em perseguir “o aviltamento das ações humanas pelo dinheiro” para anular as convenções celebradas entre pessoas que buscam extrair um benefício das relações que a vida social ou o exercício de suas funções oportuniza, o que não deveria depender do ganho que elas aí pudessem encontrar, bem como os contratos entre advogado e cliente, entre médicos, etc. (n.º 27, p. 52). As vezes, é mesmo a um afinamento do ideal moral que se assiste, quando se trata de “perseguir o aperfeiçoamento do indivíduo ao impor-lhe o desinteresse”, tal como a promessa de não cometer um delito ou de calar sobre um escândalo que foram sempre considerados nulos (n.º 29, p. 57). Acerca das potencialidades dessa noção para fazer respeitar a lealdade na vida negocial, vide *infra*, n.º 13 e s.

³⁸ Inserida em uma longa lista que está longe de ser fechada, podemos identificar, *grasso modo*, a evolução observada em matéria de seguro de vida (esse tipo de contrato constitui uma espécie de liberalidade indireta) quando, após ter considerado que a designação de certas pessoas em qualidade de beneficiários estava eivada de nulidade por causa da imoralidade, em particular porque o subscritor, ao designar sua amante, teve por objeto manter, retomar ou retribuir relações consideradas ilícitas ou imorais porque adúlteras, a 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação (acórdão de 13 de dezembro de 1989, RCA, 1990, com., n.º 91, RGAT, 1990, p. 180) reconheceu ser válida e, portanto, não-eivada de nulidade em razão de imoralidade a designação de uma concubina como beneficiária, com quem o segurado, apesar de casado, vivia há onze anos em razão da estabilidade dessa relação e, assim, que o segurado tinha pretendido garantir recursos à sua companheira e a seus filhos. (Vide, em complementação, a decisão mais recente da 2ª Câmara de Paris, de 31 de janeiro de 2002, jurisdata n.º 2002-167936). Pode-se, ainda, invocar o exemplo do agenciamento matrimonial; por muito tempo, os tribunais reafirmaram sua imoralidade (primeiro acórdão foi da Câmara Cível da Corte de Cassação de 1º de maio de 1855, DP 1855, 1, 147); hoje ele é admitido por lei, ainda que ela fixe minuciosamente as condições e mesmo que a jurisprudência não tenha completamente abandonado a sua severidade a respeito da matéria (vide, também, Paris, 1º de dezembro de 1999, D. 2000, sum., p. 415, com. de J.J. Lemoulant, que admite a nulidade do mandato outorgado a uma agência por uma mulher casada); é uma evolução paralela e uniforme que caracteriza as liberalidades conferidas aos filhos adúlteros cuja filiação não fora legalmente determinada; a Corte de Cassação eivava-as de nulidade com o fundamento da causa imoral; a jurisprudência nesse sentido caducou, depois que a Lei de 3 de dezembro de 2001 visou a realizar uma assimilação completa do filho adúltero como filho legítimo e ab-rogou, ao mesmo tempo, os Artigos 908 e 908-1 do Código Civil; o mesmo vale para os contratos entre esposos, cuja legalidade foi admitida em 1985.

³⁹ Y. Lequette: *Le droit est la semence des mœurs*, *op. cit.*, p. 395.

⁴⁰ Hannah Arendt: *La condition de l'homme moderne*, *op. cit.*, p. 78.

organizadas pela lei e o correspondente enfraquecimento dos deveres e obrigações inerentes ao casamento. Tomemos em consideração a evolução da condenação do adultério. Descriminalizado há 30 anos, o adultério “coadunou-se com os costumes”⁴¹ e hoje constitui apenas objeto de uma reprovação social bastante branda em vez de representar censura àquele ou àquela que o comete. A obrigação de fidelidade, por sua vez, concebida inicialmente como uma obrigação de ordem pública, tornou-se não apenas menos incisiva em razão de seu caráter “supletivo de vontade”, mas também menos sancionada em caso de descumprimento.⁴² A “fornicação fora do casamento”,⁴³ assim, não é mais reprimida como o fora outrora. Esse divórcio entre o direito e a moral (sexual) culmina, de modo verossímil, com a evolução jurisprudencial relativa às liberalidades testamentárias e doações entre concubinos.

7 - A obra “desconstruída” pela jurisprudência: de uma decisão particular a uma reflexão conjunta?

Anunciada por um julgado de 3 de fevereiro de 1999,⁴⁴ a decisão da Assembléia Plenária de 29 de outubro de 2004⁴⁵ marca o término de uma longa e constante evolução jurisprudencial,⁴⁶ por meio de cuja aplicação a Corte de Cassação, progressivamente, mas com

⁴¹ O relatório do Conselheiro Relator Bizot, anexado à decisão da assembléia plenária de 29 de outubro de 2004 é bastante eloquente a esse respeito. Ele expõe que, obedecendo ao estado dos costumes, a Corte de Cassação teria entrado em um “processo radical de normalização do adultério [...], o qual se tornou quase que uma componente possível, se não admitida e tolerada pela história de um par casado”; que a relação matrimonial reveste-se de um caráter mais “volátil”, o que é consagrado pela nova legislação acerca do casamento e sobre o pacto civil de solidariedade, os deveres nascidos do casamento tendo-se banalizado a ponto de “terem-se tomado um assunto quase exclusivo dos cônjuges”.

⁴² L. Antonini-Cochin: *Le paradoxe de la fidélité*, D. 2005, p. 23. O autor invoca, como fundamento de sua demonstração, os pactos de liberdade em virtude dos quais os esposos são mutuamente dispensados do dever de fidelidade e demonstra que a jurisprudência reconhece-lhes um certo efeito, pois considera que, no período durante o qual o pacto foi executado, não é vedado aos Juízes apreciá-lo para evitar, conforme o caso, todo caráter injurioso do adultério. Vide, em complementação, A. Mignon-Colombet, *Que reste-t-il du devoir de fidélité entre époux?*, LPA, 2005, n.º 21, p. 6.

⁴³ A expressão utilizada pelos tribunais retoma, inevitavelmente, os preceitos da moral cristã e, em particular, o sexto mandamento do Decálogo, segundo o qual: “Somente em matrimônio desejará a conjunção carnal”. (Ou seja, “Não cometerás adultério”; para o Antigo Testamento, vide Êxodo, 20, 14; Deuteronômio, 5, 17; para o Novo Testamento, vide o Evangelho de Mateus, 5, 27-28).

⁴⁴ Acórdão da 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação de 3 de fevereiro de 1999, *Bull. Code Civil*, I, n.º 43; D. 1999, p. 267, Relator X. Savatier, nota de J.P. Langlade-O’Sughrue; Dir. Fam. 1999, n.º 54, nota de B. Beignier, JCP, 1999, II, 10083, nota de M. Billiau et G. Loiseau; D. 1999; I, 143, comentário de F. Labarthe; I, 152, comentário de L. Leveneur e resposta de Ch. Larroumet, D. 1999, *crôn.*, p. 351; *Gazette du Palais*, 2000, I, p. 70, nota de S. Piedelièvre e p. 646, nota de F. Chabas; Rep. Defren., 1999, p. 738, nota de D. Mazeaud; RTDciv., 1999, pp. 364 e 817, comentário de J. Hauser; p. 892, comentário de J. Patarin.

⁴⁵ Vide, já nesse caso e no mesmo sentido, o acórdão da Primeira Câmara Cível de 25 de janeiro de 2000 e, posteriormente, aquele da 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação de 25 de janeiro de 2005, *Bull. Civ.*, I, n.º 35, considerando que basta que a liberalidade tenha sido consentida à ocasião da relação adúltera.

⁴⁶ Já tão cedo foram consideradas imorais e contrárias aos bons costumes as liberalidades consentidas entre concubinos cujo motivo “impulsivo e determinante” tenha sido a formação, o prosseguimento ou a retomada de relações ilegítimas, remunerando, de qualquer forma “pretium stupri” (fórmula retomada por numerosas decisões ao longo dos anos 1990), a jurisdição superior seguindo essa mesma lógica, sempre validou as liberalidades entre concubinos, mesmo adúlteros, ao passo que elas tendiam, inversamente, a reparar o prejuízo causado pela ruptura da relação e a executar um dever de consciência em face de um concubino que ficou sozinho e sem recursos (Câmara Cível da Corte de Cassação, acórdão de 11 de março de 1918, DP, 1918, p. 100) ou a recomensar o beneficiário pelos cuidados, com caráter de prodigalidade, dispensados ao enfermo que dispõe de seu patrimônio (1ª Câmara Cível da Corte de Cassação de 14 de novembro de 1961, D. 1962, sum. p. 69; RTDciv. 1962, p. 313). Para um panorama exaustivo acerca da situação do direito positivo, vide o relatório do Conselheiro Relator Bizot, a propósito da decisão tomada na Assembléia Plenária em 29 de outubro de 2004, integralmente publicado no *site* da Corte de Cassação.

segurança e firmeza, inicialmente flexibilizou e, posteriormente, validou as liberalidades entre concubinos adúlteros. Colocando termo à “rebelião das duas Cortes de Apelação”, a Corte Reguladora decide que “não é contrária aos bons costumes a causa da liberalidade na qual o autor reconhece manter a relação adúltera que ele sustenta com o beneficiário”, validando, assim, sem restrição, as liberalidades entre concubinos adúlteros. Essa jurisprudência, que foi objeto dos comentários mais autorizados,⁴⁷ não esgota, evidentemente, o litígio relativo aos bons costumes; seu peso simbólico suscita, no entanto, atenção, tendo em conta o potencial de escândalo e as circunstâncias caricatas da espécie que, *a priori*, não se prestava à adoção da solução tomada.⁴⁸ Revolução de 360 graus? Recordamos a proposta de René Savatier, que comentou, à sua época, a jurisprudência relativa às liberalidades entre concubinos: ele considerava que “o adultério cometido bastava para viciar a liberalidade”. Encontramos aí, antes, uma demonstração por meio do absurdo: eis a “ocasião com que sonhava”⁴⁹ a alta jurisdição, reunida em sua formação mais solene, para mostrar que a direção dos costumes no direito é, doravante, revolucionada,⁵⁰ e que ela se resguarda de romper com essas convenções com fundamento na imoralidade.

Não cabe mais ao legislador, portanto, “encontrar os costumes através das leis”, da mesma forma que não cabe mais aos tribunais garantir que a regra moral seja devidamente observada...⁵¹ Os bons costumes, cujos contornos diluíram-se nos confins da noção, transformaram-se simplesmente em costumes; eles coabitam com o direito⁵² e deveriam, nessa neutralidade, aí deixar uma boa parte de sua identidade. De outra forma, mas não menos profundamente, eles podem, igualmente, pôr-se em perigo no contato com sua tumultuosa vizinha, a ordem pública.

B - Não há mais bons costumes, apenas importa a ordem pública

8 - As relações “incestuosas” entre a ordem pública e os bons costumes

Separados a título de uma dicotomia estabelecida pelo Artigo 6, a ordem pública e os bons costumes são também reunidos pela conjunção de coordenação que os liga. Essa

⁴⁷ *Bull. Ass. Plén.*, 2004, n.º 12. JCP 2005, ed. G., II, 10011, nota de F. Chabas; D. 2004, jurispr., p. 3175, nota de D. Vigneau; Rep. Defren., 2005, Artigo 38073, n.º 105, comentário de R. Libchaber; RTDCiv., 2005, p. 104, comentário de J. Hauser, *Cont. conc. consom.*, 2005, com., 40, comentário de L. Leveneur.

⁴⁸ O caráter remuneratório, até então retido pelos tribunais para anular uma liberalidade contrária aos bons costumes, tinha, na espécie, sua causa no concubinato, se levarmos em consideração que a concubina beneficiária, de 64 anos, era a caçula do testador e não parecia precisamente movida por outra coisa senão pela obtenção da remuneração de seus favores. (Vide, nesse sentido, suas intenções, relatadas nos fatos: “sem dinheiro, sem amor”).

⁴⁹ Para retomar a expressão de F. Terré, a propósito da decisão da Assembléia Plenária da Corte de Cassação de 29 de outubro de 2004, in JCP, 2005, ed. G., *Actualités, Libres propos*, n.º 223.

⁵⁰ D. Fenouillet: *Les bonnes mœurs sont mortes!*, *op. cit.*, pp. 492 e s., n.º 8 e s. A autora considera que essa direção dos costumes, atualmente revolucionada é, doravante, condenada pela liberdade da vida privada.

⁵¹ Conforme preconizava Ripert (*La règle morale*, *op. cit.*, n.º 23, p. 40).

⁵² Vide a rica contribuição de D. Roman: « *Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas* »? *La liberté sexuelle et ses juges: étude de droit français et comparé*, D. 2005, *chron.*, pp. 1508 e s. A autora mostra a notável visão compartilhada pelos Juízes europeus, sul-africanos e norte-americanos para consagrar uma liberdade sexual, contanto que ela seja consensual; o direito estatal, não sendo mais transmissor mecânico de prescrições morais e religiosas, a sexualidade pode, de agora em diante, ser plural; porém, a indiferença do direito face às orientações sexuais, assim como sua evolução em direção a uma igualdade entre umas e outras, não saberia mascarar que, entre sexualidade reprovada, tolerada ou aceita, todas os intentos eróticos não gozam de uma mesma proteção.

aproximação, de longa data, ocasiona a existência de uma proximidade conceitual, que provoca, inelutavelmente, uma certa osmose⁵³ entre ambos; isso explica o fato de que já no passado, mas sobretudo hoje em dia, alguns tenham considerado que as duas noções, dificilmente dissociáveis, estariam abrigadas na mesma categoria;⁵⁴ daí a assimilá-las pura e simplesmente, bastava dar um passo, o que vários autores não hesitaram em fazer.

9 - Os bons costumes como uma ampliação da ordem pública

A constatação não é nova, Accolas já os denominava como tal.⁵⁵ Entretanto, no duplo aspecto evocado pelo Artigo 6, há um que domina: é a ordem pública, mencionada em primeiro lugar, mesmo que, historicamente, tenha tido sua fonte nos bons costumes.⁵⁶ O direito mostra aqui sua força e seu respeito pela ordem (“mais vale uma injustiça que uma desordem”, dizia Goethe), prevalece sobre a manutenção da ordem moral atribuída aos bons costumes. Testemunhas dessa superioridade são os princípios do direito europeu dos contratos, que não tratam da invalidade decorrente da imoralidade do contrato⁵⁷ e consagram, inversamente, todo um capítulo às normas imperativas, assim como um outro à sanção por ilicitude.⁵⁸ A ordem pública, assim, por compreender os bons costumes, englobaria as normas imperativas a ponto de levar sua sanção pelo juiz a um papel periférico, no caso das hipóteses mais graves, que se agregariam às suas próprias.⁵⁹

Estando intimamente ligados à ordem pública, da qual constituem uma parte, os bons costumes contribuem, portanto, com o desenvolvimento dessa figura balizadora: esta ganha em extensão, acrescentando-se a ela uma ordem pública moral;⁶⁰ mas a recíproca não é, de modo algum, verdadeira, pois a aliança da ordem pública com os bons costumes camufla uma verdadeira “fusão-absorção”, e, seguida a essa “OPBC”,⁶¹ é difícil reencontrar os bons costumes no duplo sentido do Artigo 6; o que os bons costumes perderam a título de causa (ímoral), não necessariamente recobram em favor do objeto ilícito,⁶² mesmo se este abriga uma ordem pública abrandada, rebatizada e transcendida em ordem pública filantrópica.

⁵³ Osmose entre a causa imoral e o objeto ilícito, mas também, no âmago da própria causa, entre a causa imoral e a causa ilícita, entre as quais é difícil, às vezes, fazer uma distinção. Vide, por exemplo, a proposição de L. Leveneur que, para contornar a impossibilidade de sancionar, doravante, a liberalidade feita para a concubina adúltera, em se fundando sobre causa imoral, propõe de fundar sobre a causa ilícita, em referência ao Artigo 212 do Código Civil sobre o fundamento de que pode ser sancionada a infidelidade do cônjuge. (nota sobre o acórdão da Câmara Cível da Corte de Cassação, 1999, cit.).

⁵⁴ J. Hauser et J.J. Lemouland: *Ordre public et bonnes mœurs*, op. cit., n.º 4, p. 4; n.º 170, p. 29.

⁵⁵ Emile Accolas: *Manuel de Droit civil, commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, t. I, Paris, 1874, p. 8: “Os bons costumes não são mais que uma forma ampliada da ordem pública”.

⁵⁶ M. Pena: *Les origines historiques de l'article 6 du Code civil*, RRJ, 1992, p. 499.

⁵⁷ Artigo 4: 101.

⁵⁸ Vide, especialmente, os Artigos 1: 102 et 1: 103. Sobre a equivalência dos termos ordem pública e leis imperativas, assim como a essencialidade desse debate visto à luz da noção da ordem pública europeia, vide J. Hauser: *L'ordre public et les bonnes mœurs*, in *Les concepts contractuels français*, op. cit., pp. 105 e s.

⁵⁹ J. Hauser e J.J. Lemouland: *Ordre public et bonnes mœurs*, op. cit., n.º 21, p. 7.

⁶⁰ Entre numerosos autores, vide, por exemplo, J. Ghestin: *L'ordre public, notion à contenu variable en droit* (org. Perelman), Bruylant, 1984, pp. 77 e s., que definiu os bons costumes como o “aspecto moral da ordem pública”.

Em complementação, vide J. Hauser e J.J. Lemouland: *Ordre public et bonnes mœurs*, op. cit., n.º 32, p. 9; n.º 170 e s., pp. 29 e s., que estudam a ordem pública moral, notadamente no parágrafo 8, intitulado “bons costumes”. Vide, nesse sentido, igualmente seu *index*; ainda, os autores citados em referência, op. et loc. cit., que participam dessa tendência.

⁶¹ Oferta Pública de Bons Costumes (*Offre Publique sur les Bonnes Mœurs*)!

⁶² Pensamos particularmente nas convenções que têm por objeto o corpo ou um elemento do corpo humano e as proibições

10 - Da ordem pública moral à ordem pública filantrópica

Tomar em consideração esse valor fundamental que é a dignidade humana permite-nos acrescentar uma nova ramificação aos diversos ramos da ordem pública (estatal, processual, econômica, social, das pessoas, etc.), com a elaboração de uma ordem pública filantrópica. Por esse acréscimo, os bons costumes constituiriam a “ponta da lança” e uma categoria acolhedora do direito à dignidade. A idéia é bela e foi objeto de uma demonstração que muito a reforça.⁶³ Ainda aqui pouco identificada com um mero valor inspirador de normas e, por si só, insuscetível de juridicização,⁶⁴ a dignidade humana é atualmente erigida como conceito jurídico. “Ela proveio do mundo das idéias para revestir o direito interno dos estados, assim como o direito internacional”, havíamos observado,⁶⁵ contribuindo, dessa forma, à constitucionalização do direito subjetivo à dignidade humana. Mas essa lógica de fundamentalização, levada ao extremo, não resguarda alguns perigos?⁶⁶

11 - Direito e liberdade, confusão de gêneros?

Respeitar os desejos individuais é uma coisa, deixá-los comandar a cena, é outra. “Do direito de ser deixado sozinho, passa-se ao direito à autodeterminação (direito-liberdade), para chegar à plenitude pessoal, ou seja, à felicidade (direito-crédito)”.⁶⁷ Do primado assim atribuído à liberdade, pode-se temer uma “pulverização do direito em direitos subjetivos”.⁶⁸ Sua multiplicação conduz a uma compreensão des governada da liberdade individual prevista no Artigo 4 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em virtude da qual seria, doravante, conforme aos bons costumes tudo aquilo que não viesse a contradizer a liberdade individual auto-proclamada por cada um. Essa posição do sujeito em relação ao direito (por trás de cada direito subjetivo há uma vontade) mereceria ser repensada, pois a perda causada pela abstração da noção de sujeito de direito acarreta, em seu rastro, uma modificação da definição, das categorias e dos métodos jurídicos. Para a concepção clássica, opomos uma disponibilidade absoluta do indivíduo a ele mesmo, este podendo fazer variar sua concepção (dos costumes) e impor suas variações ao direito que o poria em ação, em uma concretização das identidades que não mais estariam relacionadas com a idéia de uma ordem normativa, ao

tradicionais relativas às convenções de tatuagem ou de *strip-tease*, como nos contratos a título oneroso dispendo sobre relações sexuais; a essas se acrescentam, hoje em dia, as convenções ditas de gestação de substituição e, de forma mais geral, aquelas relativas à locação apreçada de úteros a que poderiam, quem sabe, pertencer, amanhã, a locação, o empréstimo, quicá a venda de úteros artificiais, se o fantasma da ectogênese se tomasse realidade, amofinando, à sua maneira, a imaginação dos sujeitos de direito na conclusão ou reativação de diversas figuras contratuais. Vide, em complementação, *infra*, n.º 19.

⁶³ Vide D. Fenouillet: *Les bonnes mœurs sont mortes!* *Op. cit.*

⁶⁴ P. Martens: *Encore la dignité humaine. Réflexions d'un juge sur la promotion par les juges d'une norme suspecte*, in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, mélanges en l'honneur de P. Lambert*, Bruxelles-Bruylant, 1998, p. 564. Vide, em complementação, J.P. Thérion: *Dignité et liberté; Propos sur une jurisprudence contestable*, in *Pouvoir et liberté, Etudes offertes à J. Mongeron*, Bruxelles-Bruylant, 1998, pp. 295 e s.

⁶⁵ Th. Pech: *La dignité humaine, du droit à l'éthique de la relation*, numéro fora de série, Dalloz, *Justices*, 2000, p. 90.

⁶⁶ Vide, por exemplo, J.M. Bruguière: *La dignité schizophrène*, D. 2005, *Tribune*, p. 1169; B. Mathieu: *De quelques moyens d'évacuer la dignité humaine de l'ordre juridique*, D. 2005, *Tribune*, p. 1649 e as referências citadas.

⁶⁷ B. Beignier: *Vie privée et vie publique*, *op. cit.* p. 172. Vide, em complementação, L. Seez: *Les droits de l'homme dans la société moderne, in Religion, société et politique, Mélanges en hommage à J. Ellul*, PUF, 1983, pp. 523 e s.; vide, especificamente, pp. 528 e s., o § intitulado “une coupure structurante: privé-public”.

⁶⁸ J. Carbonnier: *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, Forum, 1996, pp. 110 e s.

que o todo estaria submetido a uma flutuação permanente que o direito dito “pós-moderno” e “pós liberal” tem a ambição de abrigar e traduzir.⁶⁹

A constatação da dissolução dos costumes em uma ordem normativa concorrente, juntamente com o projeto de fundá-los no seio de uma ordem pública, forçosamente atenuada, leva a um resultado idêntico: em ambos os casos os bons costumes desaparecem ; mas essa crônica de uma morte constatada ou proclamada pode não satisfazer. “*Boni mores permanent*”, dizia Sêneca. Apostemos em que o aforismo estoíco pressagie a perenidade dos bons costumes e que, nessa aposta, eles tenham tudo ou quase tudo a ganhar.

II - O que os bons costumes no direito dos contratos têm a ganhar? Tudo ou quase tudo

12 - A palavra e a idéia

O Artigo 6, assim como todos os diversos preceitos do Código Civil que fornecem algumas ilustrações de sua aplicação, tratam expressamente dos bons costumes. Por trás da formulação da palavra, há o significado da idéia, e este, repensado, deixa entrever novas perspectivas. É certo que “o primado atribuído à identidade pessoal [...] engendra certo relativismo de valores: cada um (tornando-se) sua própria referência”;⁷⁰ o *foro interno* erige-se em *foro externo*. Mas por que não buscar restabelecer o equilíbrio e dar a cada um a parte que lhe cabe? A regulação dos costumes pelo direito é indispensável à sobrevivência de toda sociedade. Para que ela continue possível hoje em dia, não consistiria uma das soluções em deslocar o curso da moral pessoal em direção a uma moral dos negócios? A ampliação do campo de aplicação dos bons costumes contribuirá à difusão de certo número de valores aptos a atenuar a impotência e ineficácia do controle dos comportamentos contratuais imorais. Se a sugestão for considerada plausível, a aliança da ordem pública com os bons costumes será restaurada, ao passo que o domínio a estes atribuído restará vivificado e melhor circunscrito (A). Dotados, correlativamente, de um conteúdo, os bons costumes não constituiriam mais uma categoria residual, percebida de uma maneira simplesmente negativa e como antítese da liberdade contratual.⁷¹ A questão dirá respeito, então, à reabilitação de uma noção pela sua sistematização em direito positivo (B).

A - Uma possibilidade: reconsiderar o domínio atribuído aos bons costumes

13 - História e direito comparado: a oportunidade de um método

A conquista, pelos bons costumes, de novos espaços jurídicos é algo totalmente factível, pois a noção é rica em potencialidades. Resta saber onde buscá-las e com quais instrumentos de controle torná-las eficientes. E desse ponto de vista, tanto a história como o direito comparado oferecem recursos inéditos. A primeira autoriza a objetivação da noção; o segundo, sua abertura à matéria econômica.

⁶⁹ Vide, mais especificamente, a propósito da identidade sexual, M.A. Frison-Roche e R. Sève: *L'art législatif et la personne située dans la législation française, in Le droit au féminin. L'année sociologique*, PUF, 2004, pp. 55 e s., sobretudo p. 84.

⁷⁰ F. de Singly. *Identité personnelle et identité statutaire*, op. cit. p. 60.

⁷¹ Sobre essa idéia, vide J. Hauser e J.J. Lemouland: *Ordre public et bonnes mœurs*, op. cit., n.º 5, p. 4.

14 - Objetivar a concepção de bons costumes: os ensinamentos do direito romano

À primeira vista, a concepção austera e cívica dos *boni mores*, muito estritamente definida no direito romano,⁷² opõe-se singularmente à noção moveável e plástica que nós conhecemos hoje em dia; o contraste é real, mas o contrário não é indubitável; efetivamente, se admitíssemos que os bons costumes constituíssem, a um só tempo, o “passaporte político” mas também o “breviário social” do cidadão romano, esses “costumes virtuosos” apareceriam, então, “como uma síntese entre a norma jurídica e a norma social”.⁷³ Significa dizer que a concepção romana dos bons costumes pode esclarecer uma aproximação objetiva da noção no direito contemporâneo, no domínio econômico, particularmente. E, nesse empreendimento, os direitos de origem germânica, logicamente, dão o exemplo.

15 - Patrimonializar o domínio dos bons costumes: a contribuição do direito comparado

Entre os principais casos pesquisados por Huc que constituíam atentados aos bons costumes, havia alguns que eram concernentes ao direito dos negócios;⁷⁴ mas se tratava de hipóteses nominadas, extraídas de uma “lista” inelutavelmente incompleta, estabelecida para descrever uma noção que ele considerava, ademais, como inútil. As coisas se apresentam de outra forma atualmente. A abertura geral da noção de bons costumes no campo econômico parece-nos poder contribuir da forma mais harmoniosa possível com a edificação de uma “nova ordem contratual”, fruto da mutação estrutural e substancial que afeta o direito contemporâneo dos contratos.⁷⁵

O direito comparado oferece, nesse caso, campos de investigação interessantes. Determinemos alguns instantes sobre os direitos germânico e austríaco, cujo exemplo é particularmente tópicos.⁷⁶ O § 138 do BGB, através da noção de “contrariedade aos bons costumes”, remete a princípios não-escritos de moral contratual, dentre eles incluídos os negócios, cujo juiz é encarregado de fixar seu conteúdo com maior precisão.⁷⁷ Na aplicação desse preceito, a jurisprudência alemã recorreu aos princípios gerais de direito civil de primeiro plano, onde figura a noção de bons costumes, para anular os contratos em que “a parte dominante abusa dessa situação de vulnerabilidade de uma forma manifestamente destinada

⁷² Vide, em particular, M. Penna: *Les origines historiques*, op. cit., pp. 502 e s.; J. Ph. Lévy e A. Castaldo: *Histoire du droit civil*, 1ª ed., Précis Dalloz, 2002, n.º 567 e s.; pp. 82 e s.; E. Géraud-Llorca: *L'introduction des bonnes mœurs dans le Code civil*, op. cit., pp. 62 e s.; J. Foyer: *Les bonnes mœurs, 1804-2004, Le Code civil, Un passé, Un présent, Un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 496 e s.; F. Senn: *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs*, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, 1929, t. I, pp. 58 e s.; J. Bonnet: *La notion juridique de bonnes mœurs*, op. cit., pp. 91 e s. Vide, em complementação, Z. Oprea: *Essai sur la notion de bonnes mœurs*, op. cit., pp. 39 e s.

⁷³ M. Penna: *Les origines historiques*, op. cit., p. 501.

⁷⁴ Vide, *supra*, n.º 2, nota 13.

⁷⁵ Vide estudo de D. Mazeaud: *Le nouvel ordre contractuel*, RDC, 2003, pp. 295 e s.

⁷⁶ Para uma exposição completa dessa questão vislumbrada em uma perspectiva comparatista, assim como suas implicações em relação ao direito francês no contrato de fiança, vide P. Ancel, *in* RDC, 2003, pp. 225 e s., à qual, aliás, referem-se diretamente nossas exposições.

⁷⁷ M. Fromont: *Droit allemand des affaires*, Montchrestien, 2001, n.º 177 e s.; vide, também, o § 138 II do BGB, ligando o contrato lesivo à ideia de contrariedade aos bons costumes. Sobre esse texto e outros desenvolvimentos, vide P. Ancel, op. cit., p. 232.

à satisfação unilateral de seus interesses”.⁷⁸ Dessa forma, decidiu-se que um “contrato de fiança pode ser anulado por contrariedade aos bons costumes se há uma desproporção flagrante entre a extensão do compromisso e da situação econômica da caução”. Decisão basilar,⁷⁹ que levou, por decorrência, o BGH a modificar a jurisprudência anterior e a admitir, com fundamento no § 138 II, a anulação dos contratos de fiança.⁸⁰ A jurisprudência austríaca, por sua vez, fortemente influenciada pela sua vizinha, optou por uma solução idêntica.⁸¹ Eis alguns elementos fortes que podem presidir a reconstituição do domínio dos bons costumes sobre uma base objetiva e assegurar a essa noção uma real utilidade no direito dos negócios, com a condição, no entanto, de que os instrumentos destinados a assegurar sua aplicação estejam em conformidade com ela.

16 - O recurso à causa (econômica) e ao objeto do contrato (via sua própria economia)

A anulação explícita dos contratos de fiança desproporcionais em relação à situação econômica da caução nos direitos alemão e austríaco por contrariedade aos bons costumes repousa certamente em um sentido *a priori* muito diferente daquele atribuído aos bons costumes no Artigo 6 do Código Civil; além de não ser necessariamente sempre necessário conhecer o fim de um ato,⁸² para compreender seu caráter moral, a transposição dessas soluções em direito francês é concebível se utilizadas as potencialidades dos instrumentos de controle que ele encerra. O princípio da proporcionalidade, critério de conformidade da convenção aos bons costumes nos direitos germânicos, poderia encontrar certa repercussão em certas construções doutrinárias clássicas ou recentes. Assim, a reativação da causa econômica (tal como foi concebida por Pierre Louis-Lucas) e/ou a investigação do objeto do contrato (por intermédio de sua economia), poderiam conferir aos bons costumes um cunho objetivo, a proteção necessária à manutenção do equilíbrio contratual (*i.e.*, o respeito ao princípio da proporcionalidade).

⁷⁸ BGB § 138 II.

⁷⁹ BVerG (Tribunal Federal Constitucional Alemão), 19 de outubro de 1993: NJW, 1994, p. 36.

⁸⁰ BGH (Superior Tribunal Federal Alemão), 8 de outubro de 1998: NJW, 1999, p. 58.

⁸¹ OGH (Superior Tribunal de Justiça Austríaco), 27 de março de 1995: fascículo de 10 de outubro de 1995; 20 de outubro de 1999: Öba 7/2000.

⁸² Vide, nesse sentido, o acórdão da 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação de 7 de outubro de 1998, JCP, 1998, ed. G., II, 10202, nota de M.H. Malleville, D. 1999, p. 110 e Rep. Defren, 1998, p. 1408, Artigo n.º 36985, comentário de Ph. Delebecque; JCP, 1999, I, 144, comentário de F. Labarthe, considerando que um contrato pode ser anulado pela causa ilícita ou imoral, mesmo que as partes não tenham tomado conhecimento do caráter ilícito ou imoral do motivo determinante da conclusão do contrato. Vide, em complementação, L. Tchavdaroff: *De la notion des bonnes mœurs, op. cit.*, p. 20. Sobre a identificação da causa ao fim e sobre a distinção do motivo determinante e do fim, vide H. Capitant: *De la cause des obligations*, Paris, 1923, n.º 3, p. 10: distinta do simples motivo, a causa é o fim contratual. Vide, comparativamente, L. Josserand: *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, II, *Essais de téléologie juridique*, Paris, 1928, n.º 108 e s., pp. 140 e s. Para uma retrospectiva recente, vide J. Ghestin: *En relisant "De la cause des obligations"* de Henri Capitant, in *Propos sur les obligations: et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à J.L. Aubert*, Dalloz, 2005, pp. 115 e s.

17 - Contra uma utilização artificial da causa subjetiva, a favor da adoção de uma causa econômica

Muitos males emergem da causa, diz-se, se tentarmos esclarecer a explicação técnica de sua evolução. É que “há de tudo na causa” (da liberalidade...), constatava René Savatier,⁸³ e pode ser de outra forma, se se levar em conta o caráter polissêmico dessa noção? De fato, o debate que ultrapassa largamente os sustentáculos dessa tribuna torna-se verdadeiramente sutil e complexo, ao longo do exame de diferentes construções doutrinárias,⁸⁴ a ponto de mal contribuir para esclarecer a noção de causa imoral e ilícita tal qual destacada por Pothier⁸⁵ e, posteriormente, consagrada pelo Código Civil.⁸⁶ Com base nessa constatação, e na perspectiva de uma reconfiguração dos bons costumes, podemos ser tentados a abandonar a abordagem subjetiva, não isenta de arbítrios, para preferir conferir a ela uma concepção abstrata da causa.⁸⁷ Essa foi a perspectiva adotada por Pierre Louis-Lucas ao seu tempo, que, raciocinando a partir dos contratos a título oneroso,⁸⁸ adotou uma concepção econômica da causa, na qual ela é o instrumento de equilíbrio econômico do contrato. Refletindo a partir da *conditio* que realizaria, segundo ele, “a conversão do valor econômico em força jurídica”,⁸⁹ o ilustre decano viu na causa “um elemento objetivo, derivado técnico do princípio da equidade natural”; essa concepção “quase mecânica” da causa⁹⁰ não deixa de lembrar a doutrina de Aubry e Rau,⁹¹ que, provavelmente sob a influência de Zachariae, vislumbra a existência de ações repetidas em caso de pagamento de uma obrigação contrária aos bons costumes; ela também faz pensar nas disposições de direito alemão, no qual as consequências da sanção a uma convenção imoral são muito minuciosamente regradas pela teoria do enriquecimento sem causa.⁹² Essa busca da justiça objetiva por meio da causa, apta a fundar o controle de conformidade do contrato aos bons costumes pelo juiz, chama a atenção; mas ela não resta fragilizada no contexto atual? O acausalismo do direito europeu dos contratos⁹³ não pode constituir um convite a nos voltarmos a esses instrumentos de controle mais adequados?

⁸³ R. Savatier: *Le droit, l'amour et la liberté*, LGDJ, 1937, p. 113: “Já que há de tudo na causa da liberalidade, cabe (aos tribunais), segundo a concepção que eles têm da moral e segundo a simpatia de maior ou menor extensão que os inspira, extrair do processo, para esta última, a felicidade ou tristeza. Vide, em complementação, J.P. Langlade-O’Sughrue, nota citada; p. 268, que, acerca do contencioso relativo às doações e liberalidades testamentárias entre concubinos, sublinha que a jurisprudência anterior havia se prendido a uma “distinção jurídica impraticável, com o único fim de escapar a uma constatação moral pouco satisfatória para as consciências pusilânimes”.

⁸⁴ Assim, a causa do contrato, para não se ater apenas a ela, reveste duas significações doutrinárias totalmente distintas: ela constituindo seja o motivo determinante, seja o elemento categórico.

⁸⁵ “Toda vinculação deve ter uma causa honesta [...]. Se ela não tem nenhuma causa, se a causa é falsa, se ela viola a justiça, a boa-fé ou as boas maneiras, a vinculação é nula, assim como o contrato que a encerra”. (*Traité des Obligations*, t. I, n.º 42-43, in *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, Paris, 1861, 2ª ed. de M. Bugnet.

⁸⁶ Artigos 1108, 1131 e 1133 do Código Civil.

⁸⁷ Sobre a riqueza e a complexidade do debate relativo à causa, assim como sobre a evolução histórica da noção, vide Forray: *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, Tese datilografada, Chambéry, 2005, sobretudo Cap. 2, Título II, segunda parte: *Le consensualisme et la cause*.

⁸⁸ Para este autor (*Volonté et cause, Etude sur le rôle respectif des éléments générateurs du lien obligatoire en droit privé*, Tese, Dijon, Librairie du recueil Sirey, 1918, p. 151), assim como para Eugène Gaudemet, Baudry-Lacantinerie e Planiol, depois dele, a causa nos contratos a título gratuito é julgada inútil, a intenção liberal se confunde com o *animus contrahendi*.

⁸⁹ P. Louis-Lucas: *Volonté et cause*, op. cit., p. 34.

⁹⁰ Vide Forray: *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, op. cit., n.º 377.

⁹¹ Aubry e Rau: *Cours de droit civil français*, t. IV, § 442 bis.

⁹² Z. Oprea: *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations*, op. cit., p. 326.

⁹³ J. Beauchard: *L'absence de la cause dans les principes européens de droit des contrats*, *Mélanges C. Lombois*, 2004, pp. 819 e s.

18 - As potencialidades da noção de economia do contrato

A priori inútil para apreciar a moralidade ou a licitude da causa do contrato, a economia do contrato oferece um campo de investigação muito mais interessante se se deseja limitar as investigações de ordem psicológica. Identificada, depois substituída pelo objeto do contrato cuja significação é flutuante, a noção sugere uma aproximação global e concreta da matéria do acordo e “representa, sob uma forma objetiva, o ponto de convergência das vontades. Essa operação é uma estrutura ordenada de efeitos de direito apta a realizar uma função econômica precisa”.⁹⁴ Essa representação do equilíbrio que define direitos e obrigações respectivas entre as partes parece efetivamente apta a garantir o controle do conteúdo do contrato. Aplicada ao nosso objeto de estudo, a noção de economia do contrato se “transforma” qualitativamente: de um instrumento de controle da adequação da vontade contratual a uma norma superior (os bons costumes). Ela se torna uma representação da normalidade que as partes devem respeitar. As partes deverão, portanto, respeitar a economia do contrato em função de ser essa conforme aos bons costumes. A idéia é sedutora, sob condição de se poder continuar a distinguir o controle dos bons costumes do controle da ordem pública.

19 - Ordem pública e bons costumes, “a cada um seu objeto”

A repartição do controle da conformidade do contrato à ordem pública e aos bons costumes pode ser feita de maneira simples, empregando-se a distinção entre o objeto da obrigação e o objeto do contrato. Sua diferenciação importa identificar a autonomia de suas áreas respectivas; assim, a sanção das convenções contrárias à ordem pública continuará a ser pronunciada com fundamento no objeto da obrigação, enquanto que a sanção das convenções contrárias aos bons costumes far-se-á contemplando o objeto do contrato, identificado com a sua economia. E a partir dessa investigação da matéria do contrato⁹⁵ absorvida por sua utilidade (econômica), o juiz poderá utilizar-se de certo número de medidas.

20 - Apreciação dos bons costumes e *standards* contratuais

Em primeiro lugar, há a onipresente *boa-fé*, noção também polissêmica e que remete a diversos significados. Apreendida *objetivamente*, ela pode constituir um auxiliar precioso na apreciação dos bons costumes e, dessa forma, servir de critério para o controle efetuado pelo juiz. Os laços que ligam as duas noções já foram descritos há muito tempo, e a primeira constituiria, até mesmo, ponto de partida dos últimos.⁹⁶ Já evocada nos “*negotia bonae fidei*” como refletindo a nuance de cada situação jurídica à qual se aplicava”, ela poderia, hoje, constituir um critério confiável a serviço da causa econômica e/ou da economia do contrato, como sugerido anteriormente. Essa objetivação da *boa fé*⁹⁷ é um elemento necessário na

⁹⁴ S. Pimont: *L'économie du contrat*, PUAM, 2004, prefácio de J. Beauchard, n.º 274, p. 183. Vide, mais amplamente, n.º 237 e s., pp. 161 e s.

⁹⁵ D. Mazeaud: *La matière du contrat*, in *Les principes contractuels français*, *op. cit.*, pp. 80 e s., em especial as colocações consagradas à composição da matéria do contrato, pp. 84 e s.

⁹⁶ L. Téhavdaroff: *De la notion des bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 22.

⁹⁷ No sentido de que aquela *boa fé* que tem tudo para ganhar não é considerada como um “dever do contratante”, compreendido como uma obrigação tema do contrato, mas como um *standard* objetivo, vide as interessantíssimas colocações de Ph. Stoffel-Munck, in RDC, 2004, n.º 3, pp. 637 e s.

busca do equilíbrio contratual, parecendo, destarte, preferível a uma apreciação subjetiva do imperativo de moralização do contrato, que, no caso concreto, poderia apresentar um duplo inconveniente: inicialmente, o de reduzir o controle da moralidade pública à própria concepção que o juiz faça dela; em seguida, o de submeter esse mesmo juiz à “ditadura” do corpo social, a ditar-lhe a conduta na medida em que ele se tranquilizaria ao verificar que o que decidir estará de acordo com a aquilo que concerne à maioria.⁹⁸ Na falta de convicção, um outro *standard* que também poderia se mostrar pertinente no processo de normalização a que os tribunais deverão se entregar é aquele do *bom* pai de família, *standard* universal do Código Civil; recorda-se a justeza com que Portalis o apresentava ao afirmar: “[...] São os *bons* pais, os *bons* maridos, os *bons* filhos que fazem os *bons* cidadãos [...]”,⁹⁹ e que fazem os *bons* profissionais,¹⁰⁰ poder-se-ia acrescentar, numa perspectiva de extensão dos *bons* costumes à vida dos negócios. Com efeito, dessa maneira, além das exigências impostas aos profissionais, os quais vêem suas obrigações circunscritas em diversas áreas, é possível determinar a medida do *bom* profissional, o que constitui um elemento precioso de evolução na área da atividade econômica.

Boa fé, *bom* pai de família (*i.e.*, *bom* profissional), eis aí um material a serviço dos *standards* objetivos que são a causa econômica e a economia do contrato. Passa-se gradualmente de uma concepção negativa (obter a nulidade de um contrato viciado) a uma concepção positiva (garantir a conclusão de um contrato equilibrado),¹⁰¹ na qual a noção de *bons* costumes tem um papel de catalisador. A aposta é grande, ela tem por efeito a sistematização da noção.

B - Um desafio: reabilitar a noção de *bons* costumes, sistematizando-a

21 - Os *bons* costumes: variabilidade do conteúdo, permanência das funções

Situado na interseção de sistemas normativos diferentes, o conteúdo dos *bons* costumes é essencialmente variável. Eles relevam, como escreveu Jean Carbonnier em termos decisivos,¹⁰² “fatos-direitos”; mas esta “contribuição normativa da sociologia ao direito do contrato”¹⁰³ mostra, ao mesmo tempo, que a noção é “indissociável da existência de toda a ordem social, na medida em que pressupõe uma normalização de comportamentos”.¹⁰⁴ Assim, o conteúdo pode mudar, mas as funções continuam as mesmas, necessariamente.

⁹⁸ Vide, por exemplo, o Relatório do Conselheiro Bigot, especificamente a nota 40, acerca da pausa da assembléia plenária de 29 de outubro de 2004, que é, nesse ponto, muito esclarecedora. Vide, em complementação, J. Carbonnier: *Flexible droit*, LGDJ, 1992, 7ª ed., pp. 291-292, para quem a noção de *bons* costumes parece largamente determinada pelas concepções morais da magistratura, com as quais ela se identifica.

⁹⁹ *Discours préliminaire*, reedição, Centro de Filosofia Política e Jurídica, Caen, 1989, pp. 61-62.

¹⁰⁰ Vide, mais especificamente, J. Hauser, in RTDciv., 2004, p. 722, o qual, a respeito da regularização do esposo no direito de família, coloca-se a seguinte questão: Para quando o *bom* profissional? (Grifo nosso).

¹⁰¹ J. Hauser e J.J. Lemouland, *Ordre public et bonnes mœurs*, op. cit., n.º 28, pp. 8-9.

¹⁰² *Sociologie et droit du contrat*, Anuário da Faculdade de direito de Toulouse, t. VII, 1959, pp. 113 e s.

¹⁰³ F. Terré: *Sur la sociologie juridique du contrat*, in *Sur les notions de contrat*, APD, n.º 13, Sirey, 1968, pp. 71 e s., citando J. Carbonnier, op. et loc. cit.

¹⁰⁴ J. Chevallier: *Introduction à l'ouvrage: Les bonnes mœurs*, op. cit., p. 6.

22 - A apreciação dos bons costumes: “dois pesos e duas medidas”

Duas abordagens possíveis apresentam-se ao juiz encarregado de apreciar os bons costumes e cuja “intervenção é necessária para garantir o respeito a um princípio cuja aplicação o legislador não poderia precisar”.¹⁰⁵ Uma abordagem conceitual, que lhe permitirá penetrar na zona de penumbra, a fim de discernir os que lhe parecem dignos de interesse; uma abordagem casuística, em virtude da qual ele delimitará as zonas de luz, sob pena de ignorar os casos mal precisados. A primeira conduzirá à substância formadora da noção que é oferecida por uma imagem mais próxima de uma concepção dos bons costumes que do seu conceito em estado puro; a segunda se coadunará mais facilmente com a zona de flexibilidade e influência do *standard* que determina sua natureza.

23 - Os bons costumes: por essência, um sincretismo

Honeste vivere: o adágio remonta a tempos imemoriais. Tanto que se encontra na raiz dos bons costumes uma pluralidade de componentes variáveis no curso dos anos,¹⁰⁶ e nos quais se impregna seu fundo social comum. Fundo comum transcendental e dogmático, com um apelo patente, para alguns, ao direito natural,¹⁰⁷ mas também fundo comum costumeiro, colocando em destaque, para que outros a percebam, a relação intrínseca dos bons costumes com os usos e costumes e a estreita dependência da noção segundo as opiniões dominantes no momento considerado (o que muda mais do que a opinião?). A recepção, pelo direito, desta multiplicidade de fundamentos é, em si, plurívoca e torna ilusória, se tanto não for impossível, a predeterminação do conteúdo da noção.

Veja-se, pois, que, erigida em regra fixa e precisa, a definição dos bons costumes é, necessariamente, muito acurada: Huc tentou elaborar uma lista, necessariamente incompleta, que rapidamente mostrou seus limites.¹⁰⁸ Içada ao nível de princípio, pouca conveniência traz a mais, tanto é que, este estando cristalizado em uma idéia geral e abstrata, desemboca em uma concepção ideal, quicá absoluta, mas que se encontra nos antípodas da realidade. Resta, então, o recurso ao *standard*: a inevitável incerteza da noção¹⁰⁹ faz, evidentemente, refletir.

24 - Os bons costumes: por natureza, um *standard*

O *standard* “fornece uma medida média de conduta social suscetível de se adaptar às particularidades de cada hipótese determinada”;¹¹⁰ ele confere ao juiz flexibilidade e

¹⁰⁵ Ripert: *La règle morale*, op. cit., n.º 36, p. 69.

¹⁰⁶ Sobre as grandes linhas de evolução da noção, vide, em particular, M. Penna: *Les origines historiques*, op. cit., pp. 502 e s.; J. Ph. Lévy e A. Castaldo: *Histoire du droit civil*, 1ª ed., Précis Dalloz, 2002, n.º 567 e s., pp. 82 e s. Vide, em complementação, F. Senn: *Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs*, *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény*, 1929, t. I, pp. 58 e s.; J. Foyer: *Les bons mœurs, 1804-2004, Le Code civil, Un passé, Un présent, Un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 496 e s.

¹⁰⁷ Domat distinguia, dessa maneira, dois tipos de convenções ilícitas, “aquelas que maculam o direito natural e os bons costumes e aquelas que são contrárias ao direito positivo” (*Loix civiles*, t. XVIII, s. 4, § 1º). Em complementação, a doutrina do filósofo alemão Stammler fundando os bons costumes no direito natural, sobre o que vide as colocações de Z. Oprea, in *Essai sur la notion de bonnes mœurs*, op. cit., pp. 298 e s.; Ripert, quanto a ele, percorrendo as decisões dos tribunais, dá os preceitos que “podem ser compilados e colocados sob forma imperativa”, apresenta uma lista erigida em forma de “decálogo”. (*La règle morale*, op. cit., n.º 30, p. 58.)

¹⁰⁸ Vide, *supra*, nota 13.

¹⁰⁹ J. Hauser e J. J. Lemouland: *Ordre public et bonnes mœurs*, op. cit., n.º 3, p. 4.

¹¹⁰ A. A. Al-Sanhuey: *Le standard juridique, Etudes en l'honneur de F. Gény*, 1934, t. II, pp. 144 a 156, especialmente p. 144.

adaptabilidade, fontes de um poder criador.¹¹¹ Em realidade, entre a heteronomia (aquela da lei que comanda) e a anomia (aquela da ética que recomenda), há lugar, na interpretação do Artigo 6, para a autonomia normativa do juiz. Sabendo, entretanto, que quanto menos precisa for a fórmula maior será a liberdade, mede-se em que extensão as intuições e experiências do magistrado¹¹² não devem dar lugar à razão e à lógica. Para afastar o risco da arbitrariedade no inelutável traçado da fronteira entre as convenções que atentam contra os bons costumes e aquelas que não lhe são contrárias, importa, então, fixar uma margem de tolerância, e o juiz, por meio disso, deverá poder dispor de um critério e de uma escala de valores; o primeiro, enquanto “produto de laços imbricados nas virtudes, nos costumes e no direito”, faz refletir sobre a normalidade¹¹³ (*i.e.*, o equilíbrio contratual); quanto à última, permite, sobretudo, ver, nesta matéria, um *valor aproximado* da noção, determinada pelo *excesso* e/ou pela *falta* de acordo com as crenças (*i.e.*, a boa fé) e/ou com as opiniões comuns dominantes (*i.e.*, o bom profissional). Como valor acrescido e/ou diminuído do conteúdo dos *bons* costumes, assim aparecem os degraus da escala da normalidade, o *bom* ligando-se aqui, mais ou menos, ao *normal*.¹¹⁴ Deve-se portanto, a partir disso, inferir que aquilo que é bom, porque conforme à natureza das coisas, aproxima-se do bem supremo? Fazer tal questão é já antecipar as funções que competem aos bons costumes.

25 - “O direito é o germe dos costumes”.¹¹⁵ permanência das funções atribuídas aos bons costumes

Ressalvada a opção por uma abordagem imanente do direito, que pouco convém aos bons costumes, a realidade não pode viver apartada de seu porquê; o fundamento designa os fins. Esta irredutibilidade pode explicar tanto a longevidade excepcional da qual goza a noção - a despeito de ser amplamente posta à prova -, quanto a perenidade das funções que manifestam seu caráter de necessidade. É questão relativa à densidade moral do direito do contrato.

26 - Os bons costumes guardiães do valor simbólico do direito

Não há ordem social concebível sem que haja um regramento das condutas.¹¹⁶ É, portanto, uma necessidade, os bons costumes são indispensáveis à preservação da

¹¹¹ Vide o estudo de D. Mazeaud: *Le juge et le contrat, Variations optimistes sur un couple “illégitime”*, in *Propos sur les obligations*, *op. cit.*, pp. 235 e s.

¹¹² Vide D. Alland e S. Rials: *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy, PUF, 2003, *Quadrige, Deux Poche*, p. 697, verbete “Fato”, que aponta, acerca da teoria da interpretação: “A menos que outras disposições definam alguns desses predicados em termos mais estritamente factuais, tais expressões autorizam o órgão a socorrer-se de seus próprios julgamentos”.

¹¹³ Vide D. Lochack: *Droit, normalité et normalisation*, *op. cit.*, pp. 55 e s. Desenvolver a idéia de uma normalidade a serviço de uma concepção econômica dos bons costumes parece algo mais realista e fecundo, considerando-se que, de um lado, o controle da noção não se pode reduzir ao das práticas sexuais e, de outro (e sobretudo?), que, aos olhos de certos filósofos e sociólogos, a noção de normalidade não existia no domínio sexual (vide, nessa linha, as conclusões de E. Badinter, in *Fausse route*, ed. Odile Jacob, 2003, especialmente pp. 126 e s., e os trabalhos citados nas referências pelo autor).

¹¹⁴ Ai contida a antiga fórmula do bom, pela qual se conhece o tipo que lhe reservou a jurisprudência, em matéria de fiança, via o valor acordado na menção manuscrita, e isso precisamente no intuito de respeitar o equilíbrio contratual.

¹¹⁵ Vide o estudo de Y. Lequette, *op. cit.* Em complementação, vide o *Discurso Preliminar de Portalis*, *op. e loc. cit.*

¹¹⁶ J. Chevallier: *Introduction à l'ouvrage: Les bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 6.

sociedade;¹¹⁷ independentemente do teor do Artigo 6, que confere autonomia própria aos bons costumes, os Tribunais lembram que este preceito lhes confia “a salvaguarda da ética essencial dos elementos salutaros da população [...]”.¹¹⁸ Missão de importância neste encontro do singular e do universal e sem o qual seria vã a própria idéia de laço social; porque, como pano de fundo dos bons costumes, transparece sua função: eles podem evitar a degradação do valor simbólico do direito. Ao “mito da adaptação do direito aos costumes”¹¹⁹ e do relativismo que lhe é inerente,¹²⁰ prefere-se, portanto, a pertinência de sua representação simbólica. O direito não pode ser senão um simples reflexo dos sistemas de valores cambiantes de acordo com o arbítrio cultural; mas ele também não pode ser escanteado a uma posição “ideal” (seja jusnaturalista ou positivista, ambas pecam pela confusão-redução).¹²¹ “Pensar a relação entre o direito e os costumes” convida a não optar por uma ou por outra concepção e a superar as divisões, mesmo que fundamentais.¹²²

27 - Os bons costumes garantes da existência de uma ordem jurídica intermediária?

Enunciados de forma inaugural sob o título preliminar, como um vestígio do livro preliminar tão mais ambicioso, que Portalis chamou de seus votos,¹²³ os bons costumes mostravam-se irredutíveis a uma abordagem mecânica do direito. Eles se encontram, assim, numa situação original que a simples antinomia direito-não direito não permite qualificar corretamente. Não é suficiente constatar que eles inspiram não-direito e expiram direito, sendo mais complexa a troca respiratória,¹²⁴ que mescla capacidade ética e influência normativa. A partir daí, a idéia de conceber, para os bons costumes e outras noções de sua espécie, um lugar específico no ordenamento jurídico torna-se plausível. Situadas neste meio-termo que convém às misturas de gêneros e de categorias,¹²⁵ eles poderiam constituir os elementos de

¹¹⁷ J. Hauser e J.J. Lemouland, *Ordre public et bonnes mœurs*, op. cit., n.º 25, p. 8.

¹¹⁸ Tribunal de Grande Instância de Paris, 8 de novembro de 1973: D. 1975, p. 401, nota de M. Puech.

¹¹⁹ Vide, mais especificamente, C. Atias, *Le mythe de l'adaptation du droit au fait*, D. 1977, *crôn.*, pp. 251 e s. Em complementação, vide F. Terré: *Adapter le droit aux mœurs?* *Journ Le Figaro*, 9 de abril de 1997.

¹²⁰ R. Boudon, *Relativisme et modernité*, in *Le sens des valeurs*, Paris, PUF, *Quadrige*, 1999, pp. 295 e s.

¹²¹ R. Boudon, *Penser la relation entre le droit et les mœurs*, in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, PUF, *Juris-Classeur*, 1999, pp. 11 e s., especialmente p. 23.

¹²² R. Boudon, estudo citado in *L'avenir du droit*, especialmente pp. 17 e s. O autor apoia sua tese sobre a famosa distinção de Max Weber entre a racionalidade instrumental e racionalidade axiológica, sendo a segunda, que sugere que “os juízos de valor são fundados sobre razões fortes”, suscetível de validação objetiva. Sobre essa demonstração e a argumentação a ela relativa, vide, especialmente, pp. 18 e 22.

¹²³ Vide *supra*, nota 7.

¹²⁴ Vide, mais especificamente, a estratégia de Portalis, que, por tratar dos bons costumes com circunspeção e preferencialmente sobre o terreno técnico, enunciava: “Um princípio, na medida em que não pertence senão à ciência, nada mais é que uma tese filosófica que pode ser controvertida; mas, quando um princípio tem lugar na legislação, ele se torna uma regra que deve ser obedecida” (Corpo Legislativo, sessão de 23 frimário, Ano X, Arquivos Parlamentares, 2ª série, p. 13).

¹²⁵ Evocando essas fontes morais do direito, a doutrina alemã, por meio de Stammler, fazia referência ao direito natural com conteúdo variável; ela assemelhava-o ao direito justo, qualificando-o de direito flexível. Vide, acerca desse tema, Z. Oprea: *Essai sur la notion de bonnes mœurs*, op. cit., pp. 298 e s. Vide, mais especificamente e em complementação, C. Thibierge, que sustenta o apelo a um direito flexível para evocar essas novas regras, mais persuasivas que obrigatórias, RTDCiv., 2003, pp. 599 e s.

uma ordem intermediária a permitir a superação do antagonismo rousseauiano entre os costumes e a lei.¹²⁶ Uma espécie de *quase-direito positivo*, em suma, do qual será possível extrair os lineamentos, mas esta já é uma outra questão...¹²⁷

¹²⁶ O Ihl, *Le prescrit et le proscriit, A propos des usages politiques de l'outrage dans les commémorations républicaines*, in *Les bonnes mœurs*, op. cit., (org. J. Chevallier), p. 264.

¹²⁷ Vide nosso estudo *Entre droit et non droit, le quasi droit*, a ser publicado.

O CÓDIGO DO CONSUMO E O ANTEPROJETO DE REFORMA DO DIREITO DAS OBRIGAÇÕES. QUE INFLUÊNCIA E QUE HARMONIZAÇÃO?*

Gilles Paisant**

Pontos-chaves: Para se abrir às “necessidades do tempo presente”, o anteprojeto de reforma do direito das obrigações leva, notadamente, em conta as preocupações consumeristas – Vários dos seus artigos, que tratam da Reforma do Código Civil, mencionam o consumidor ou parecem inspirados pelo Código do Consumo – Situações de concorrência, ou, ainda, de contradições, aparecem em suas disposições – Métodos a pensar para uma boa harmonização entre o direito comum atualizado, expresso pelo anteprojeto e as leis especiais existentes ou, eventualmente, a serem reformadas.

À época de seu bicentenário, nosso venerável Código Civil se encontra engajado em um importante movimento de reformas que o transforma a um ritmo constante.

Se as mais espetaculares entre elas – especialmente em vista dos princípios postos em 1804! – referem-se ao direito da família com, notadamente, a lei de 3 de Dezembro de 2001, sobre o direito do cônjuge sobrevivente e dos filhos adulterinos, a de 26 de Maio de 2004 sobre o divórcio ou, ainda, a resolução de 4 de Julho de 2005, sobre a filiação sem esquecer, naturalmente, a recente reforma do direito das sucessões¹, está claro que a evolução da sociedade e as trocas econômicas não podiam deixar o direito das obrigações fora destas mudanças. A resolução nº 2006-346 de 23 de Março de 2006, relativa à segurança² atesta isso.

É verdade dizer que os operadores do direito parecem hoje divididos entre duas preocupações, aparentemente contraditórias: de um lado, adotar uma pausa num contexto geral de inflação legislativa, que acaba por ser fonte de instabilidade e de insegurança jurídica³, de outro lado, modernizar nosso direito das obrigações seguindo nossas próprias conveniências e, caso necessário, servir de fonte de inspiração a outras⁴ ao invés de se dever fundir num molde vindo de um outro lugar, num quadro, por exemplo, de uma “europanização” do direito dos contratos.

Nesse contexto, seremos gratos ao grupo de trabalho constituído pela iniciativa de Pierre Catalã por ter, durante o curso de outono de 2005, proposto ao Ministro da Justiça um rico “anteprojeto de reforma do direito das obrigações e do direito da prescrição”⁵.

* Texto originalmente publicado em 20 de setembro de 2006, na JCP/La Semaine Juridique n. 38 e traduzido por Ana Carolina Sousa (especializanda na Faculdade de Direito da UFRGS). Revisão e harmonização de Simone Regina Backes (Mestranda em Direito pela *Université de Lausanne/ Université de Savoie*).

** Professor da Universidade de Savoie.

¹ L. n°2006-728, 23 junho de 2006; JO 24 junho de 2006, p.9513; JCP G 2006, III, 20003; JCPG 2006, I, 160 et 161, estudos R. le Guidec, Ph. Simler et P. Hilt.

² Ord. n° 2006-346 de 23 de março de 2006; JO (jornal oficial) 24 de março de 2006, p. 4475; JCP G 2006 supplément au n°20, études 1 à 9.

³ J. De Clausade, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Études et documents du conseil d'État : Doc. fr., 2006, p.229s.; R. Piastra, *Trop de lois en France*: D. 2006, p.1060; Veja também, *La loi protège-t-elle encore le faible lorsqu'elle est aussi complexe, foisonnante et instable?*: JCP G 2006, I, 121.

⁴ P. Catalã, *La genèse et le dessin du projet RDC 2006*, p.17, <<Un projet portant le message de notre pays hors de nos frontières>>.

⁵ www.justice.gouv.fr/publicat/rapports.htm; vide, também, sobre este texto: RDC 2006, n°spéc (2006/1) e P.Catalã, rápida visualização do direito das obrigações (Bref aperçu sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations): D. 2006, p. 535.

No espírito do Código de 1804, endereçando-se de “maneira indiferenciada a todo cidadão”, esse anteprojeto se baseia no princípio segundo o qual convém deixar para outros códigos ou leis “a tarefa de arrumar a balança contratual com o objetivo de dar mais eficiência e segurança em função das situações jurídicas em causa e da utilidade social buscada”⁶. A justo título, de fato, nesse trabalho, o contrato ocupa uma posição de destaque em cena

Mais precisamente, na medida em que o texto é proposto, se apresentando como um “código de ajustamento”⁷, e não de ruptura, compreende-se, nesse sentido, fazer prova “de espírito de solidariedade para socorrer a parte mais fraca”⁸. É difícil não pensar em confrontar essas disposições com as leis especiais de proteção dos consumidores, seja para avaliar a influência dessas últimas (1) ou para julgar a compatibilidade delas (2).

1 - Evidentemente, na sociedade de consumo que nos caracteriza, os autores do anteprojeto não têm podido ficar insensíveis às preocupações consumeristas, tendo em vista suas intenções de responder “às necessidades do tempo presente”⁹.

A melhor prova disso é que, às vezes, o texto proposto é endereçado diretamente aos consumidores. Assim é o caso dos artigos 1122-2 e 1382-2. Pela primeira vez, depois de uma tentativa recente que restou infrutuosa¹⁰, os consumidores integrariam o Código Civil francês.

A primeira dessas disposições faz parte daquelas consagradas ao objeto. A título de defeito de equivalência entre as prestações, ela é relativa às cláusulas abusivas e redigida nos termos que seguem: “a cláusula que cria no contrato um desequilíbrio significativo em detrimento de uma das partes pode ser revisada ou suprimida a pedido deste, nos casos nos quais a lei a proteja com uma disposição particular, notadamente em sua qualidade de consumidor ou quando ela ainda não foi negociada”.

Sem dúvida, esse artigo foi inspirado, como reivindicam expressamente seus autores¹¹, pelos princípios *Landö*¹², mas não se pode evitar a referência à diretriz comunitária do 5 de abril de 1993, e ao atual artigo L 132-1, do Código do Consumo. Sem trocadilhos, tanto este último texto como aquele que é proposto agora, seguem um objetivo similar.

O artigo 1382-2 no sub-título sobre a responsabilidade civil é relativo às Convenções sobre a reparação. Ele prevê particularmente na sua alínea 2, que “na ausência de contraparte real, séria e claramente estipulada, um profissional não pode excluir ou limitar sua obrigação de reparar o dano contratual causado a um não profissional ou ao consumidor”.

⁶ P. Catalã, *Présentation generale de l'avant-projet préc.*, supra.

⁷ P. Catalã, *op. cit.* p. 4.

⁸ P. Catalã, *op. cit.*, p. 6.

⁹ P. Catalã, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰ Ver o projeto de lei relativo à garantia da conformidade do bem ao contrato e na responsabilidade do fato dos produtos defeituosos, que teve um artigo 1603-1 do Código Civil assim escrito: “o vendedor profissional de bens móveis corporais, responde igualmente perante o consumidor, do defeito de conformidade do bem ao contrato” [Doc. Sénat 2003-2004, no. 357] (Este texto não foi retomado na versão original, V.G. Paisant, La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation: JCP G 2005, I, 146, no. 8.

¹¹ Avant-projet préc., p. 79.

¹² O Landö, *L'avant-projet de réforme du droit des obligations et les principes du droit européen du contrat: analyse de certaines différences*: RDC 2006, p. 167 s., no. 12.

Os redatores confessam que essa disposição se inspira nas recomendações da Comissão das Cláusulas Abusivas¹³. Trata-se assim, de dar força de lei a estas recomendações que estariam ressaltadas nos trabalhos da Comissão, as quais, como sabemos, ainda não apresentavam nenhuma força obrigatória para os particulares¹⁴ ou autoridades públicas¹⁵.

Sem que o consumidor, desta vez, seja expressamente citado, outras disposições do anteprojeto parecem generalizar a todos os contratantes as preocupações consumeristas.

Sem pretender ser exaustivo, podemos começar por citar o artigo 1110, alínea 2, relativo à obrigação de informação. Esta obrigação é, em efeito, proposta em favor daquele que não somente “estava na impossibilidade de se informar por si mesmo”, mas ainda, “legitimamente, pode confiar em seu co-contratante, em razão, notadamente, da natureza do contrato ou da qualidade das partes.”. Essa disposição vem ao encontro daquelas do Código de Consumo, que, conscientes da inferioridade, particularmente técnica, do consumidor, impõe ao profissional, presumido como capacitado e competente, de colocar o primeiro, presumido ignorante, “na possibilidade de conhecer as características essenciais do bem ou do serviço”¹⁶.

Vamos ressaltar também as disposições dos artigos 1172 e seguintes, sobre interdependência dos contratos, uma vez que a execução de um “é necessária para a realização de uma operação conjunta.”. Essa noção parece inspirada no mecanismo aplicado pela lei do 10 de janeiro de 1978, que, para contrariar a jurisprudência dada com fundamento do direito comum¹⁷, estabeleceu nas operações de crédito pelo consumo, uma ligação jurídica entre o contrato de financiamento e o contrato financiado¹⁸, de maneira que, por exemplo, a resolução do segundo implica a resolução do primeiro¹⁹.

Na mesma ordem de idéias, quando o artigo 1140, alínea 1, dispõe que quando “a lei contratual foi estabelecida sob influência dominante de uma das partes, deve-se interpretar em favor da outra”, podemos ver uma generalização da regra do artigo L. 133, alínea 2, do Código do Consumo, de acordo com a qual, em caso de dúvida, as convenções entre profissionais e consumidores, se interpretam no sentido mais favorável a esses últimos. Mas é verdade que, retornando na cronologia, esse texto se inspira, também, no ainda atual artigo 1162, do Código Civil, que, tal qual interpretado pela jurisprudência²⁰ quer que, de forma geral, os contratos se interpretem contra aqueles a favor de quem foram redigidos.

Direito comum e direito especial fazem aqui, amplamente, dupla função, o que nos leva a indagar sobre a harmonização do anteprojeto com o código promulgado em 1993.

¹³ Avant-projet, préc., p.149.

¹⁴ Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1996: Bull. Civ. 1996, I, no.399; D. 1997, p.174, obs. Ph. Delebecque, Rtd civ. 1997, p.24, obs. J. Mestre.

¹⁵ CE, 6^e et 1^{re} ss-sect., 16 janv. 2006, no. 2006-069516; D. 2006, p.576; Contrats, conc. consom. 2006, comm. 117, par G. Raymond.

¹⁶ C. Consom., art. L.111-1.

¹⁷ Por exemplo, Cass. 1^{ère} civ., 20 nov. 1974: JCP G 1975, II, 18109, note J. Calais-Auloy.

¹⁸ C. Consom., art. L. 311-20 s.

¹⁹ Comp. avant-projet, art. 1172-3.

²⁰ Cass. 1^{ère} civ., 4 juin 1985: Bull. civ. 1985, I, no. 175. – CA Colmar, 25 janv. 1963: Gaz. Pal. 1963, 1, jurispr. P. 277.

2 - Sobre esse ponto, os princípios foram propostos pelo próprio anteprojeto. Expressão de um “direito comum atualizado”²¹, este último, como o Código de 1804, tem a vocação de reger todas as relações contratuais. O artigo 1103 propõe dessa forma: as regras gerais são aquelas do Código Civil, ao passo que as regras particulares a certas situações contratuais, sobretudo nas matérias referentes às relações de trabalho e à proteção dos consumidores, podem estar separadas.

Nesse sentido, o artigo 1110, alínea 2, prevê que “em certas convenções determinadas pela lei, o consentimento torna-se definitivo e irrevogável apenas depois da expiração de um prazo de reflexão ou arrependimento”. Pensamos, evidentemente, no uso feito muitas vezes desses dois direitos no Código de Consumo, em particular.

Essa lógica de princípio à exceção, nem sempre é respeitada, e, portanto, ocorrem dificuldades e, notadamente, riscos de duplicidade, e, como vêm sendo ressaltado, riscos de ambiguidade ou, ainda mais grave, de contradições.

Os problemas apresentam-se primeiramente, quando o anteprojeto prevê que as regras especiais resultarão tanto de títulos particulares do próprio Código Civil como também de disposições resultantes de outros códigos ou leis²².

Os dois artigos que, no anteprojeto, se referem expressamente aos consumidores, são reveladores dessas dificuldades.

O primeiro (art. 1122-2), sobre as cláusulas abusivas, prevê o pedido do consumidor ou da parte que não pode negociar o contrato, de revisão ou de supressão das estipulações que criem um desequilíbrio significativo contra ele. Por várias razões, sua combinação com as disposições do atual artigo L.132, alínea 1, do Código do Consumo, é problemática. Em primeiro lugar, há a questão da determinação do regime jurídico aplicável. Deve-se contentar-se com a prescrição geral do texto proposto, nos casos em que o contrato não foi negociado e reservar o regime do artigo L.132, alínea 1, apenas aos consumidores? Essa distinção seria impraticável na medida em que, em regra geral, os profissionais não são capazes de negociar os contratos que concluem com os consumidores. A solução consistiria então em dizer que, em todos os casos, incluídos, portanto, as relações entre profissionais, o artigo 1122, alínea 2, reenvia às disposições do artigo L.132, alínea 1, pois esse é específico aos contratos concluídos entre profissionais e consumidores ou não-profissionais... Em segundo lugar, a contradição prossegue pois, no texto proposto, só o resultado do desequilíbrio efetivo conta. Assim, fazemos também a abstração das cláusulas que teriam somente por objeto criar esse desequilíbrio significativo, sem, no entanto, conseguir. Em terceiro lugar, no anteprojeto, a sanção pelo abuso pode residir numa simples revisão da cláusula litigiosa, ao passo que o artigo L.132, alínea 1, conforme às prescrições comunitárias, priva a cláusula de toda a eficácia jurídica, como se ela não estivesse escrita. Em quarto lugar, ainda, essa sanção deverá ser aplicada conforme o pedido do próprio interessado, enquanto que, pela aplicação das disposições do Código do Consumo, derivadas da diretiva de 5 de abril de 1993, sabemos

²¹ P. Calada, *Présentation générale*, préc.

²² *Avant-projet*, art. 1103, al. 2.

que a TJCE, notadamente numa decisão de 27 de junho de 2000²³, se pronunciou a favor do poder de ofício do juiz ... E *quid* da possibilidade de proibir as cláusulas por decretos? Esse mecanismo seria reservado aos contratos de consumo? À evidência, os dois textos são dificilmente conciliáveis.

A mesma constatação pode ser feita com o artigo 1382, alínea 2, do anteprojeto sobre as cláusulas relativas à responsabilidade dos profissionais nos contratos concluídos com os consumidores, a qual prevê negar qualquer valor jurídico à cláusula na ausência de contrapartida real e séria expressamente estipulada. Esta disposição geral é muito diferente daquela que deriva do artigo R. 132, alínea 1, do Código do Consumo, que entende não escritas, somente nas vendas, as cláusulas que fazem obstáculo ou diminuem os direitos de reparação do condumidor, nesse caso sem considerar a incidência de uma eventual contrapartida.

Mas as dificuldades da harmonização não estão somente ligadas ao fato de que o anteprojeto seja endereçado diretamente aos consumidores.

Citamos, a esse respeito, o artigo 1114, alínea 3. sobre o vício da violência, quando uma parte se encontra em estado de fraqueza, especialmente em razão da vulnerabilidade ou desigualdade econômica que ela sofre em comparação ao outro contratante. Essa disposição nos faz inevitavelmente pensar no abuso de fraqueza inscrito tanto Código de consumo²⁴, quanto no Código Penal²⁵, e o encontro dos textos é inevitável se queremos admitir que a fraqueza da pessoa, notoriamente o do consumidor, vem também de uma situação de ignorância. Poderíamos admitir, por exemplo, que o vício de consentimento, seja constituído quando a infração do Código de consumo ou do Código penal, será estabelecido?

Ainda no domínio das sanções, podemos também ver que, segundo o artigo 1110 da alínea 1, do anteprojeto, “a falta a uma obrigação de informação, sem intenção de enganar, engaja a responsabilidade daquele que era obrigado a dar a informação”. Ao contrário, em consequência, o dolo e o vício de consentimento, serão constituídos pela intenção de enganar. Ora, sabemos que, sem que tenha lugar de buscar a qual intenção correspondia a falta do profissional na sua obrigação de informar o consumidor, a Corte de Cassação pode admitir a sanção da nulidade do contrato. Um esclarecimento seria aqui também desejado.

Compreendemos que a adoção do anteprojeto da reforma, sem modificações internas e periféricas, seria fonte de conflitos com um grande número de disposições do Código de consumo²⁶. Uma harmonização desse texto, com leis especiais, aparece, portanto, necessária para evitar a criação de uma situação de concorrência conflitual.

²³ TJCE (Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias), 27 juin 2000, aff. C-240/98: JGP G 2001-II, 10513, nota M. Carballo Fidalgo e G. Paisant; LPA 24 juill. 2001, p. 25, nota S. Hourdeau; RTD civ. 2001, p. 878, obs. J. Mestre e B. Fages.

²⁴ C. consom., art. L 122-8 e s.

²⁵ C. pén., art. 223-15-2.

²⁶ Cass. 1^{ière} civ., 7 déc. 2004, no. 01-11.823: Juris-Data no. 2004-026047; Bull. civ. 2004-I, no. 303; D. 2005, p. 75, obs. Rondey; JCP G 2005, II, 10160, nota N. Rzepecki; NPA 7 sept. 2005, p. 16; RTD civ. 2005, p. 389, obs. J. Mestre e B. Fages; RDC 2005, p. 323, obs. D. Fenouillet.

Tecnicamente, no ponto de vista do método, uma opção se apresenta a título principal: ou o Código de consumo é modificado para ter em conta as escolhas expressas no anteprojeto, ou, seguindo assim a tradição, extrairíamos do texto proposto todas as disposições visando particularmente os consumidores para reservar o monopólio ao Código do consumo.

Essa última solução nos parece a preferível, por estar em maior conformidade com os fundamentos e com o espírito do nosso direito de consumo que, para exprimir tanto a necessidade como a especificidade da proteção dos consumidores, foi além dos princípios do direito comum do Código Civil. O Código do consumo representa o receptáculo natural desse particularismo, da mesma maneira que o Código do trabalho exprime a especificidade das relações do trabalho.

Sem dúvida, podemos observar que a Alemanha, por exemplo, escolheu a solução inversa na sua lei de reforma do direito das obrigações, de 26 de novembro 2001²⁷. Assim, o BGB inclui agora, uma definição do consumidor e das disposições particulares consagradas na sua proteção contratual. Mas, diferentemente da França, a Alemanha não adotou um Código do consumo. Se, portanto, por mimetismo, tomássemos o partido de deslocar no nosso Código Civil as disposições específicas à proteção dos consumidores, de um lado deveríamos questionar sobre a pertinência de manter em nossa ordem jurídica um Código de consumo, o que seria fonte de uma dispersão das regras que, por necessidade de coerência, juntamos em 1993, e, de outra parte, seria bom questionamos se outras regras contratuais específicas, excetuando-se as que tratam dos consumidores, não deveriam também, e pelas mesmas razões, ser reintegradas no Código Civil. Porque, em efeito, o que valeria por uma categoria de relações contratuais, não valeria para uma outra? Vamos pensar em termos de especificidade maior ou menor? Isso não teria sentido.

Uma outra pergunta é a de saber se não seria bom, em nome do hoje chamado “solidarismo contratual”, generalizar, no conjunto das relações contratuais, certas disposições protetoras (especificamente, por exemplo, aquelas sobre as cláusulas abusivas) até agora reservadas a qualquer categoria de contratantes (em fato, os consumidores). Em caso afirmativo, o que vem de uma escolha política bem respeitável, a nova regra geral teria lugar no Código Civil, substituindo a regra especial que perderia assim a sua razão de ser, sob reserva de conservar um particularismo residual.

Toda reforma do Código Civil sobre as obrigações nos parece assim chamar para uma harmonização desse direito comum com as leis especiais. De maneira mais específica, seria melhor, ao mesmo tempo em que pensamos - com razão - a reforma do Código Civil sobre as obrigações, começar também a reforma do Código do consumo por uma melhor harmonização das regras, e portanto, no interesse de todos que discutem algum conflito judicialmente. O trabalho mereceria ter prosseguimento!

²⁷ V. C. Witz e F. Ranieri, *La réforme du droit allemand des obligations: société de législation comparée*, vol. 3, 2004.

ENSAIO SOBRE O TEMPO NOS CONTRATOS DE CONSUMO*

Gilles Paisant**

1 - Assim como em todas as esferas humanas, o tempo exerce sua influência em todos os domínios do direito¹. Uma vez que a ele compete, de maneira recorrente, responder a questões tais como: Quando? Durante ou após quanto tempo? ou até quando?, reserva-se ao direito a tarefa de se preocupar com as questões de datas, durações e prazos.

Por exemplo, a ele compete se pronunciar a respeito da data de entrada em vigor da nova lei ou sob a qual deve-se cumprir tal ou qual obrigação, bem como a duração de um compromisso, de uma sanção ou de uma prerrogativa a ser determinada; ou ainda, será indispensável a fixação de prazos para agir ou reagir... De acordo com o caso, o tempo regerá os direitos ou obrigações. Trata-se de uma ferramenta disponível ao legislador, que presume-se na posição de utilizá-la da maneira mais conveniente possível. Ainda que o tempo transcorra de forma semelhante para todos, nem por isso representará o mesmo valor jurídico para todos. O uso do tempo pelo direito constitui um meio dentre outros para se atingir um fim.

2 - Essas considerações valem igualmente para o domínio contratual, já que, não somente em razão do contrato figurar no tempo, mas também porque o tempo pode ser um recurso contratual.

Primeiramente, com efeito, é o processo de formação do contrato que pode ser escalonado no tempo, pois que, por exemplo, o encontro de vontades necessita uma fase prévia mais ou menos extensa de debates, ou ainda, haja vista que a conclusão do acordo final antecede a de um contrato preliminar, tal qual uma promessa de contratar.

Mas o tempo é igualmente convocado a desempenhar um grande papel na execução dos contratos.

Ainda que não expressamente formulado pelo Código Civil, a distinção dos contratos de execução instantânea e execução sucessiva pode, com efeito, ser considerada como tradicional². Contrariamente aos primeiros, cuja execução se perfaz em uma prestação vencida, os últimos visualizam sua execução se propagar no tempo.

Todavia, essa distinção não deve induzir a erro, tampouco levar a crer que somente os contratos de execução sucessiva ou escalonada³ são sensíveis ao fator tempo, ao se apoiarem na duração⁴. A prestação única do contrato de execução instantânea pode, efetivamente,

* Artigo originalmente publicado em *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Litec-Dalloz, 2006. Tradução livre e autorizada de Carolina Paranhos Coelho, Carolina Moreira, Joyce Copstein Wanberg e Luiz Gustavo Meira Moser, integrantes do Grupo de Pesquisa CNPq "Mercosul e Direito do Consumidor", sob a coordenação da Prof.^a Dr.^a Claudia Lima Marques.

** Professor da Faculdade de Direito e de Economia de Chambéry – França.

¹ Cf por ex.: P. HÉBRAUD, *Observations sur la notion de temps dans le droit civil*: in *Mélanges P. Kayser*, t. II, 1979, p. 1 et s.; A. BRIMO, *Reflexions sur le temps dans la théorie générale du droit et de l'État*: in *Mélanges P. Hébraud*, 1981, p. 145; S. GUINCHARD, *Le temps en procédure civile*: *An>>>*. *Rev. Droit Clermont* 1983, p. 21; J. – M. COULON et A. – M. FRISON-ROCHE (dir.), *Le temps dans la procédure*, Dalloz, 1996.

² F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 9^o éd., Dalloz, 2005, n^o 70.

³ A respeito dessa noção, cf. M. – L. CROS, *Les contrats à exécution échelonnée*: D 1989, chron. 49.

⁴ J. AZÉMA, *La durée des contrats successifs*, L G D J., 1969.

demandar algum tempo, o mesmo vale para o caso da realização de uma obra complexa, na redação de um livro ou manual. Ela pode também ser diferida no tempo pois que, por exemplo, o bem adquirido não sendo disponível no momento do intercâmbio de consentimentos, convencionou-se um prazo de entrega.

Mais concretamente, o tempo será com frequência utilizado para modelar as obrigações das partes, assim como para determinar a duração do vínculo ou ainda o prazo para cumpri-lo. Nesse tocante, num sistema de liberdade contratual, no qual cada um discute em pé de igualdade seus interesses, a arma do tempo é neutra: ela não favorece *a priori* um contratante em detrimento de outro. Cada um busca utilizá-lo na forma que mais lhe convier.

O Código Civil intervém, em diversas ocasiões, para regular o uso do tempo pelos contratantes. Por exemplo, os artigos 1709, 1780, 1838 e 2004, os quais, em matéria de arrendamento, aluguel de obra, de sociedade e mandato, se opõem aos vínculos perpétuos, são geralmente interpretados como complementares para estampar um princípio geral de proibição nesse domínio⁵. Ou ainda, com o advento de uma recente reforma relativa aos contratos eletrônicos, exige-se que o autor da oferta acuse a recepção “sem prazo injustificado” do pedido que lhe foi endereçado⁶. Contudo, via de regra, mesmo que se vislumbre as consequências do atraso, por uma das partes, na execução de suas obrigações⁷, o Código não inviabiliza os rearranjos contratuais, em observância à liberdade contratual.

3 - Pelo contrário, em virtude das necessidades de proteção aos consumidores, a visão do tempo veiculada pelo Código do Consumidor é fundamentalmente dirigista⁸.

Assim como a liberdade contratual, o tempo não deve constituir uma arma à disposição do mais forte, o profissional, em detrimento do mais fraco, o consumidor⁹. Deve-se, pelo contrário, servir de instrumento para o estabelecimento de um equilíbrio efetivo na relação contratual entre ambos. Para atingir tal fim, a lei atribui de forma rasa a vantagem do tempo ao mais fraco (I) enquanto que, de maneira complementar, ela tende a restringi-la para o mais forte (II).

I - A vantagem do tempo para o consumidor

4 - Essa vantagem se manifesta em numerosas oportunidades no Código do Consumidor, em todas as etapas da vida do contrato entabulado entre o profissional e o consumidor; seja quando de sua conclusão ou na ocasião de sua execução, ou ainda para determinar a duração. Nessas diferentes circunstâncias, parece-nos que a preocupação do legislador é dúplice: por um lado, a preocupação da necessidade do tempo experimentada pelo consumidor (A) e, por outro lado, reconhece-lhe um certo domínio da duração da relação contratual (B).

⁵ Comp. J. GHESTIN, *Existe-t-il en droit positif français un principe de prohibition des contrats perpétuels ?*, in *Mélanges D. Talon*, 1999, p. 250 et s.

⁶ C. civ., art. 1369-5 résultant de l'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2004

⁷ Porex. C. civ., art. 1147, 1153 et s., 1229, 1610, 1611.

⁸ Ordem pública de direção e ordem pública de proteção convergem para a mesma matéria. A regulação pela qual se viabiliza a proteção do consumidor corresponde, com efeito, às utilidades sociais do momento ao qual as atividades contratuais devem notadamente sujeitar-se.

⁹ V.O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat*, L G D J., 1999, n° 7.

A - O tempo atribuído ao consumidor

5 - Parece-nos que o consumidor carecia de tempo em cada extremidade da relação contratual: primeiramente, do tempo para expressar um consentimento razoável face aos questionamentos, por vezes urgentes ou complexos, de profissionais, quiçá para resistir a seus próprios impulsos; tempo também para, eventualmente, estabelecer seus vínculos em relação ao profissional, ou seja, para perfectibilizar o pagamento do preço da prestação do serviço ou do bem fornecido.

1) Para vincular-se

6 - Quando da conclusão do contrato, parece-nos essencial nos dias de hoje a proteção específica ao consentimento da parte mais fraca, a despeito das condições requeridas pelo artigo 1108 do Código Civil. Se sabemos que o Código do Consumidor vincula-se ao fato de que, por meio de diversas obrigações e informações atribuídas aos profissionais, o consumidor estará na posição de expressar um consentimento claro, cuida-se de adicionar a esta urgência de transparência¹⁰ a necessidade de um consentimento ventilado, que permita ao consumidor o tempo de apreciar a oportunidade de seu vínculo.

Essa proteção do consumidor pelo tempo que lhe é atribuído para assimilar as informações a ele confiadas, e para se decidir, não resulta de um princípio geral formalmente exposto no Código do Consumidor. Ela é, no entanto, reveladora de uma tendência geral que se externaliza em diversas ocasiões, de duas maneiras complementares: o prazo de reflexão e o prazo de arrependimento.

7 - Em primeiro lugar, ocorre que a lei retarda o momento da conclusão do contrato ao permitir o aceite do consumidor somente após transcorrido o tempo de reflexão. Essa técnica é bastante salutar posto que obriga o consumidor, por sua própria proteção, a valer-se do lapso temporal antes de se vincular à oferta do profissional.

8 - É assim que o artigo L. 312-10 do Código do Consumidor dispõe a respeito do crédito imobiliário ao consumo: “o tomador e os fiadores não podem aceitar a oferta antes de dez dias após o seu recebimento”¹¹. E, na ocorrência, uma atenção toda particular é destinada à efetividade dessa regra. Primeiramente, para evitar as práticas de contratos sem data, a lei atribui uma dupla precaução: não somente o profissional deve endereçar sua oferta pela via postal¹², mas também a aceitação do consumidor, sendo emitida nas mesmas condições¹³, deve-se coletar o carimbo postal nos dois casos¹⁴. Ademais, a Corte de Cassação considera que essas disposições, de ordem pública, são irrenunciáveis¹⁵, e a irregularidade de

¹⁰ G. PAISANT, *De l'obligation de transparence dans les contrats de consommation* : in *Mélanges Roger Devottignies*, P U G , 2003, p. 233 et s.

¹¹ Artigo L. 312-27 contém disposições análogas no caso de locação-venda imobiliária e de locação acompanhada de promessa de compra e venda.

¹² Código do Consumidor., art L.312-7, al. 1°.

¹³ Código do Consumidor., art L. 312-10, al 2.

¹⁴ Cf. todavia, Cass, 1er civ., 5 de julho de 2005, recurso n° 02-18907, inédito, versando que “a aceitação da oferta deve ser realizada por escrito com recibo datado”.

¹⁵ Cass. 1° civ., 9 de dezembro de 1997 : Bull. Civ.1, n° 368; *Contracts, cons. consom.* 1998, n° 53, obs. RAYMOND; JCP 1998, II, 10148, nota PIEDELIEVRE.

aceitação realizada em prazo inferior a dez dias após a recepção da oferta, não pode ser albergada por uma ratificação¹⁶. Esses princípios não representam, todavia, obstáculo ao tomador, já que lhe é facultado reiterar sua aceitação posteriormente à expiração do referido prazo, notadamente via ato autenticado e reputado como nova aceitação¹⁷.

As sanções de desrespeito às disposições do artigo L. 3210-10 são governadas por uma sutil distinção perfeitamente externalizada no acórdão da 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação de 12 de julho de 2005¹⁸: enquanto que “a inobservância a regras de forma relativas às modalidades de aceitação da oferta de empréstimo imobiliário¹⁹ é sancionada pela decadência do direito a juros²⁰, o desconhecimento do prazo de aceitação de dez anos enseja uma nulidade relativa que prescreve em cinco anos a contar da aceitação da oferta, a qual deve ser perfectibilizada via carta, com o carimbo postal empunhando a data de aceitação”. Sabemos que, todavia, nesse último caso e até o presente, a Corte de Cassação considera que esse prazo legal de reflexão representa uma regra protetora de um interesse privado, o qual somente pode ser invocado pela pessoa eleita a receber a proteção²¹ para recusar o poder de ofício do juiz na matéria. Ademais, ao consumidor não será possível invocar a exceção de nulidade do contrato após o reembolso das primeiras trocas, pois a Corte de Cassação considera que essa exceção “pode ser impetrada apenas para macular o pleito de execução de um ato jurídico que ainda não foi perfectibilizado”²².

Nessas condições, no afã de reforçar a eficácia do sistema, podemos questionar se, *de lege ferenda*, não seria oportuno, em todos os casos de desrespeito pelo estabelecimento de crédito de obrigações que a lei lhe impõe relativamente aos consumidores, de oferecer a estes, segundo seus interesses, a escolha entre a nulidade do contrato e a decadência do direito aos juros.

Em qualquer hipótese, essas sanções cíveis são reforçadas por um dispositivo penal. O profissional incorre em multa de 3.000 euros em dois casos: primeiramente, quando, para fazer crer que a aceitação foi dada no prazo legal, ele emite uma oferta não datada ou veiculando uma data incorreta²³; em seguida, quando o profissional aceita receber, sob uma forma ou outra, uma quantia de dinheiro a título de operação de crédito antes da expiração do prazo da reflexão de dez dias²⁴. Não se deve, com efeito, fazer com que o consumidor possa se sentir vinculado pelos pagamentos prematuros. Essas sanções penais parecem, contudo, menos danosas que a decadência do direito a juros.

¹⁶ Cass. 1er civ., 18 de janeiro de 2000: *Contrats, cons. consom.* 2000, n° 117, obs. RAYMOND.

¹⁷ Cass. 1er civ., 19 de maio de 1999: Bull. Civ. I, n° 167. — 18 de janeiro de 2000, préc. — 2 de novembro de 2005, recurso n° 03-20918, inédito; comp. em sentido contrário, Cass. 1er civ., 30 de março de 1994: Bull. Civ. I, n° 130, *Contrats, cons. consom.* 1994, n° 129, obs. RAYMOND; *Defrénois* 1994, 1476, obs. D. MAZEAUD.

¹⁸ Recurso n° 02-13614, inédito.

¹⁹ Ou seja, uma aceitação que será externada diferentemente do que via carta remetida.

²⁰ Código do Consumidor, art. L. 312-33.

²¹ Cass. 1er civ., 27 de fevereiro de 2001: Bull. Civ. I, n° 48. — 9 juill. 2003: Bull. Civ. I, n° 170.

²² Cass. 1er civ., 3 de julho de 2001: Bull. civ. I, n° 201.

²³ Código do Consumidor, art. L. 312-33. at. 2 et 3.

²⁴ Código do Consumidor, art. L. 312-34.

9 - Ainda que situado fora do Código do Consumidor, mas respondendo as mesmas preocupações, convém igualmente citar o caso dos contratos entabulados com estabelecimentos privados, cujo objeto é o ensino à distância. Na ocorrência, é oferecido ao consumidor um prazo de reflexão mais exíguo, sob pena, aqui também, de nulidade do contrato.²⁵

O artigo L. 444-8 do Código de Educação prevê, com efeito, que um tal contrato “somente pode ser assinado transcorrido um prazo de sete dias após sua recepção”. E, para assegurar a observância a essa exigência, um decreto confirma que tanto o projeto de contrato quanto o próprio contrato, uma vez assinado pelo consumidor, deve ser endereçado ao destinatário via carta com aviso de recebimento²⁶.

Aqui também um dispositivo penal corrobora a proteção ao consumidor, mas sem ser específico quanto ao desrespeito ao prazo de reflexão, vez que é toda infração a dispositivos da lei relativa a esse tipo de contrato que é “possível de um ano de prisão e 1.500 euros de multa”²⁷.

10 - Em segundo lugar, de maneira bastante usual, o tempo atribuído ao consumidor no momento da conclusão do contrato transforma-se em prazo de arrependimento ou de retratação²⁸. Nessas circunstâncias, durante um período determinado após a imediata assinatura do contrato, a lei confia ao consumidor o direito unilateral de retomar seu compromisso, no entanto, regularmente externado. Podemos analisá-lo como uma faculdade da retratação *legal*²⁹. Trata-se, portanto, de uma “reflexão a posteriori”³⁰ confiada ao consumidor que, seduzido pela oferta do profissional, não terá tido tempo de apreciar a real oportunidade, nem a de dimensionar a exata vinculação de sua aceitação. De maneira perfeitamente realista, o legislador pensa, nessas ocorrências, em certas práticas de consumo que conduzem à conclusão de contratos de impulso.

11 - A primeira ilustração desses direitos de arrependimento doravante integrados no Código do Consumidor, foi veiculada via Lei de 22 de dezembro de 1972 sobre a venda a domicílio. Segundo as disposições do artigo L. 121 -25, o consumidor que solicita a domicílio beneficia-se de um prazo de sete dias, incluindo feriados, a contar de seu pedido, para fins de “renúncia”. A partir de então, esse mecanismo protetor se dispersou pelo Código. É assim que o consumidor dispõe de um prazo de sete dias para retomar seu compromisso nas operações de crédito mobiliário ao consumo³¹, nas vendas ou prestações de serviço à

²⁵ Como é matéria de crédito imobiliário, podemos pensar que se trata, pelas mesmas razões, de uma nulidade relativa sujeita ao mesmo regime jurídico.

²⁶ Decreto n° 72-1218, 22 déc. 1972, art. 23.

²⁷ C.éduc., art. L. 444-10.

²⁸ Dentre vasta literatura: S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé français*, LGDJ, 1997; O. LITTY, *op.cit.*, n° 199 et s.; R. BAILLOD, *Le droit de repentir*, RTD civ. 1984, p. 227 et s.; P. BRUN, *Le droit de revenir sur son engagement. Dr. et patrimoine* 1998, p. 78 et s.; L. BERNARDEAU, *Le droit de rétractation du consommateur*, JCP G 2000, p. 218.

²⁹ Nesse sentido, Cass. I° civ., 10 de junho de 1992: Bull. Civ. I n° 178. A natureza jurídica desses direitos de arrependimento é contestada, alguns preferem analisá-la como um mecanismo de formação sucessiva do contrato; cf. sobre o debate, O. LITTY, *op. cit.*, n° 230 et s.

³⁰ N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*, LGDJ, 1998, n° 150.

³¹ Código do Consumidor, art. L. 311-15.

distância³², ou pela categoria particular de venda a domicílio que dispõe sobre os métodos de livre aprendizagem de línguas estrangeiras ou regionais³³; esse prazo alcança dez dias no caso de contrato de usufruto de imóvel a prazo compartilhado³⁴.

Essas preocupações consumeristas não estão todas albergadas pelo Código do Consumidor. Citamos, por exemplo, os prazos de sete dias de corretagem matrimonial³⁵, ou do contrato sob assinatura privada de aquisição ou construção de um imóvel de habitação³⁶, o de dez dias relativo às operações de venda a domicílio financeiro³⁷ ou ainda o de trinta dias para contratos de seguro de vida superiores a dois meses³⁸...

Essa lista, não exaustiva, resultado de intervenções paulatinas do legislador, confere um sentimento de heterogeneidade, quicá arbitrário. A disparidade de situações demonstra-se tanto mais acentuada que as diferenças não se limitam ao quantum do prazo confiado ao consumidor, mas sim no que se refere ao modo de cálculo ou sobre a maneira de exercer a retratação. Ademais, a imprecisão do vocabulário empregado pelo legislador é bastante consternante : indiferentemente, é questão de direito a faculdade de “retomar” seu compromisso³⁹, de “retratação”⁴⁰, de “resilir” o contrato⁴¹, ou ainda, de “renunciar”⁴². Por vezes, a lei mistura, por meio de um mesmo contrato, as expressões de prazo de reflexão e de renúncia⁴³... E passaremos silentes às variedades de sanções penais de comportamento de profissionais de maneira a contrariar o exercício do arrependimento dos consumidores.

12 - Restaurar a coerência nesse mundo heteróclito parece eminentemente desejável⁴⁴. Na linha da prática majoritária, poderemos sugerir a referência ao direito de se retratar num prazo de sete dias a contar do dia da aceitação da oferta do profissional ou do recebimento do bem, segundo os casos, desde que o consumidor tenha sido previamente informado da existência de seu direito⁴⁵.

Normalmente, esse direito de retratação não se cumula com uma reflexão prévia à conclusão do contrato, pois não há como satisfazer duas vezes a mesma necessidade de tempo do consumidor.⁴⁶

³² Código do Consumidor, art. L. 121-20; esse prazo alcança quatorze dias no caso de serviços financeiros à distância: art. L. 121-20-12.

³³ Código do Consumidor, art. L.1221-33, al.3. Nesse caso, o prazo de sete dias é prolongado para quinze dias “após o recebimento do produto pelo cliente para fazer a remessa do produto com o fim de reembolso”.

³⁴ Código do Consumidor, art. L. 121-64, al.2.

³⁵ Lei n° 89-421 de 23 de junho de 1989, art. 6, II.

³⁶ CCH, art. L. 271-1.

³⁷ Código Monetário, art. L. 341-16.

³⁸ Código de Seguro, art. L. 132-5-1.

³⁹ Código do Consumidor, art. L. 311-15; lei de 23 de junho de 1989, art. 6.

⁴⁰ Código do Consumidor, art. L. 121-20, L.121-64, L. 311-15; C.monét, art. L. 341-16; CCH, art. L. 271-1.

⁴¹ Código da Educação, art. L. 444-8.

⁴² Código do Consumidor, art. L. 121-25; C. assur, art. L. 132-5-1.

⁴³ Cf. Código do Consumidor, art. L. 121-26 e L. 121-5 para venda a domicílio.

⁴⁴ V. também L. BERNARDEAU, *chron. Préc.*

⁴⁵ CJCE, 13 de dezembro de 2001, aff. C-481/99, *Heininger*: *Rev. I*, 19965.

⁴⁶ Todavia, considerar o caso de ensino à distância: Código da Educação, art. L. 444-8, al. 1° e 3.

Por outro lado, na linha de entendimento da Corte de Justiça das Comunidades Europeias (CEJE), para a interpretação do decreto de 20 de dezembro de 1985, relativo à proteção dos consumidores em contratos negociados fora de estabelecimentos convencionais⁴⁷, convém insistir sobre dois aspectos importantes desses direitos de retratação, a saber seu caráter arbitrário e gratuito. É assim que o consumidor pode exercer seu direito sem ter que demonstrar que ele foi “influenciado ou manipulado” pelo comerciante, e que é ilícita a cláusula do contrato cujo teor abriga o pagamento de uma indenização compulsória, para o fim de compensar os danos que a retratação pode vir a causar ao profissional. Esse princípio de gratuidade não é contrariado pela obrigação atribuída ao consumidor, segundo os casos, de suportar determinadas consequências advindas de sua retratação, como as taxas de reexpedição de coisa recebida em razão de seu próprio pedido⁴⁸ ou, o custo de serviços já fornecidos⁴⁹ ou, mais geralmente, o de “retorno dos bens sem seu estado inicial”⁵⁰ após a execução, pelo profissional, de sua prestação.

2) Para completar seu vínculo

13 - Na linha do direito comum contratual, o devedor deve executar sua obrigação no prazo convencionado de comum acordo com o credor. O Código Civil fornece muitas ilustrações: segundo as disposições do artigo 1728, o comprador “deve pagar o preço do arrendamento nos termos convencionados”, da mesma forma que o artigo 1650 dispõe que “a obrigação principal do comprador é de pagar o preço no dia e lugar convencionados pela venda” e que o artigo 1657 evoca o “termo convencionado” pela retirada da coisa adquirida⁵¹.

Ora, quando o devedor enfrenta dificuldades para respeitar o prazo de execução de sua obrigação, mesmo o direito comum, por meio dos artigos 1244-1 3 e seguintes do Código Civil, faculta-lhe endereçar o pleito ao juiz para requerer um prazo de suspensão, limitado a dois anos⁵². A partir da reforma do direito processual civil de execução, pela lei de 9 de julho de 1991, o juiz pode também decidir que, durante esse prazo, a taxa de juros de trocas realizadas será reduzida, assim como os pagamentos recairão prioritariamente sobre o capital.

Por outro lado, todas as penalidades incorridas pelo devedor em razão de seu atraso não serão devidas durante o prazo de suspensão judicial.⁵³

No que respeita a todas as relações contratuais, essas disposições são, portanto, suscetíveis de aplicação em proveito do consumidor em dificuldade, a despeito de regras específicas mais favoráveis.

⁴⁷ CJCE, 22 de abril de 1999, aff. C.423/97, *Travel Vac. Rec.* I, 2216; L. BERNARDEAU, *chron. préc.*

⁴⁸ Código do Consumidor, art. L. 121-20.

⁴⁹ Cf. Código da Educação, art. L. 444-8, al. 3 et 4.

⁵⁰ CJCE, 25 de outubro de 2005, aff. C-350/03, *Schultz*, cons. 92 www.curia.eu.int/

⁵¹ Contudo, compete ao vendedor provar que ele disponibilizou o produto vendido ao comprador no prazo convencionado: Cass. 1^{er} civ., 19 de março de 1996: Bull. Civ. IJI, n° 147.

⁵² G. PAISANT, *La réforme du délai de grâce par la loi du 9 juillet 1991* [...]: *Contrats, conc. consom.* Déc 1991; A. SÉRIAUX, *Reflexões sur les délais de grâce*: RTD civ. 1993, p. 789 et s.

⁵³ C. civ. art. 1244-2.

14 - A este respeito, de importância inigualável, podemos citar dois mecanismos específicos no Código do Consumidor.

15 - Em primeiro lugar, de acordo com as disposições do artigo L. 313-12, por referência aos artigos 1244-1 a 1244-3 do Código Civil e às mesmas condições, as obrigações do consumidor podem ser suspensas pelo juiz, no mesmo limite de dois anos e com as mesmas medidas de acompanhamento, no caso de dificuldades de reembolso de um crédito móvel ou imóvel ao consumo, notadamente no caso de dispensa do devedor.

Contudo, na proteção do consumidor, a lei vai mais longe. Enquanto que, pelo Código Civil o juiz não pode reduzir a taxa de juros aquém da taxa legal, o mesmo artigo L. 313-12 autoriza, neste caso, a supressão pura e simples destes juros. A decisão aqui não terá a necessidade de ser “especial e fundamentada”⁵⁴.

Por outro lado, para evitar que, pela expiração do tempo de suspensão atribuído pelo juiz, o tomador possa exigir o pagamento imediato das trocas efetuadas, o mesmo texto prevê que a decisão poderá determinar as modalidades de pagamento das somas tornadas exigíveis sem permitir, contudo, “que o último pagamento possa exceder em mais de dois anos o termo inicialmente previsto para o reembolso do empréstimo”; o que autoriza a prolongar o contrato de acordo com o interesse do consumidor.

Por fim, contrariamente à jurisprudência que tem por base o Código Civil⁵⁵, a Corte de Cassação decide que, em virtude do artigo L. 313-12, o juiz pode, não obstante a decadência do termo adquirido em proveito do credor, suspender as obrigações do devedor⁵⁶. Ou seja, que neste caso o perdão judicial poderá macular as disposições do contrato sobre a sua própria existência; ele terá por fim a suspensão dos efeitos da decadência.

16. – Mas é sobretudo por ocasião de um procedimento de superendividamento que os ventos sopram a favor dos devedores enquanto consumidores, dado que apenas as suas dívidas não profissionais são levadas em conta para o acesso ao benefício do referido procedimento⁵⁷.

Desde a primeira lei, de 31 de dezembro de 1989, uma das medidas essenciais suscetíveis de retificar a situação do interessado reside no reescalamento ou no adiamento das suas dívidas. Limitado originalmente a uma duração de cinco anos, este tem sido sucessivamente aumentado para oito anos, e seguidamente para dez anos, pelas reformas de 29 de Julho de 1998 e 1º de Agosto de 2003, na hipótese do superendividamento genérico referido na primeira alínea do artigo L. 330-1. Desde a última reforma, mesmo as dívidas fiscais podem ser objeto desta medida de suspensão⁵⁸, três categorias de dívidas são, todavia, tendentes ao desvio⁵⁹: as reparações pecuniárias atribuídas às vítimas de uma infração penal, as multas penais e, desde o prenúncio, as dívidas alimentícias. Nesses três casos, com efeito, a situação do devedor não é considerada como prioritária.

⁵⁴ Código Civil, art. 1244-1, al. 2

⁵⁵ Câmara Comercial da Corte de Cassação, 19 de dezembro de 1991: *Contrats, conc., consom.* 1992, n° 23, obs. LEVENEUR; vide, em complementação, Câmara Cível da Corte de Cassação, 2 de julho de 1860: DP 1860, 1, 284.

⁵⁶ 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação, 7 de janeiro de 1997: *Bull. civ.* I, n° 9; *Contrats, conc., consom.* 1997, n° 53, obs. RAYMOND; 28 de setembro de 2004, recurso (*pourvoi*) n° 02-15757, inédito.

⁵⁷ Código do Consumidor, art. L. 330-1, al. 1º.

⁵⁸ Código do Consumidor, art. L. 331-7.

⁵⁹ Código do Consumidor, art. L. 333-1.

A lei de 1º de Agosto de 2003 estabeleceu o limite de dez anos mesmo no caso de uma correção amigável⁶⁰, o que, neste caso, representa uma restrição – de resto bastante realista – à liberdade contratual tão favorável ao credor quanto ao devedor.

Por outro lado, no caso específico dos empréstimos em curso, o artigo L. 331-7 oferece uma opção dentro do interesse do devedor: o prazo de reescalonamento não pode exceder dez anos ou “a metade da duração de reembolso restante a transcorrer”. Esta última solução pode revelar-se mais vantajosa ao credor, no caso, por exemplo, de um empréstimo imobiliário inicialmente concluído por um longo período: trinta ou mesmo trinta e cinco anos, como mostram as práticas atuais. E, no caso da decadência operar-se em desfavor do credor, este prazo não poderá atingir a metade da duração que permanecia a correr antes da decadência. Esta precisão, sempre no interesse da pessoa endividada, foi acrescida ao artigo L. 331-7 pela lei de 8 de Fevereiro de 1995, em reação à jurisprudência da Corte de Cassação, a qual considerava que, devido à decadência, o empréstimo não estava mais “em curso” e que, conseqüentemente, apenas o prazo de cinco anos (à época) deveria ser considerado⁶¹.

Permanece, contudo, um limite em favor manifesto do consumidor nessas circunstâncias: A Corte de Cassação recusa a cumulação entre os prazos de reescalonamento do artigo L. 331-7 do Código do Consumidor e o prazo de perdão judicial de dois anos do Código Civil⁶². Com efeito, teria sido incoerente acrescentar aos prazos especialmente atribuídos aos devedores em grande dificuldade os concebidos à vista de situações menos preocupantes. As disposições especiais prevalecem aqui logicamente sobre as disposições de caráter geral.

Seguindo a mesma linha de entendimento, não é conveniente acumular a duração de dez anos com a que permanece a correr no caso de um empréstimo em curso. Não somente, com efeito, a lei verbaliza a forma de alternativa na matéria, mas ainda, esta segunda possibilidade refere-se a uma medida especial própria a uma categoria de dívidas.

Não se pode, contudo, excluir um desvio, em proveito do devedor, das disposições legais sobre o prazo máximo de reescalonamento. A Corte de Cassação admite, com efeito, que, por seqüência de um fato novo que o coloca na impossibilidade de honrar os prazos reescalados, o devedor tem a faculdade de beneficiar-se de um novo procedimento, se as condições de abertura forem novamente reunidas⁶³. De plano em plano, a regra dos dez anos poderia assim ser destruída...

17 - No caso mais grave de superendividamento, que é o da “insolvência”⁶⁴, a lei também faz uso do tempo em prol do devedor; contudo, desta vez, de uma maneira totalmente diferente. Enquanto que, no caso anterior, o tempo atribuído ao devedor figurava

⁶⁰ Código do Consumidor, art. L. 331-6.

⁶¹ 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação, 16 de junho de 1993: *Bull. civ.* I, n° 220. – 1º de junho de 1994: *Bull. civ.* I, n° 199; *Contrats, conc. consom.* 1994, n° 187, obs. RAYMOND.

⁶² 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação, 16 de dezembro de 1992: *Bull. civ.* I, n° 317; *D.* 1994, somm. 18, obs. FORTIS, *RTD. com.* 1993, p. 174.

⁶³ Por exemplo, 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação, 2 de junho de 1993: *Bull. civ.* I, n° 200; *RTD. com.* 1994, p. 111. – 10 de julho de 1995: *Bull. civ.* I, n° 318; *RTD. com.* 1995, p. 843.

⁶⁴ Código do Consumidor, art. L. 331-7-1: “Ausência de recursos ou de bens penhoráveis de modo a permitir apurar a totalidade ou parte” das dívidas “e tomadas inaplicáveis as medidas previstas no artigo L. 331-7”, sem contudo que esta situação apresente “um caráter irremediável”.

como um meio para resolver as suas dificuldades, no caso da insolvência os prazos concedidos constituem apenas um prelúdio, de natureza conservatória, a remédios mais importantes. Está apenas na espera, de acordo com a evolução da situação do devedor, quer das medidas de correção do artigo L. 331-7 (entre os quais o reescalonamento durante dez anos), quer da extinção parcial das suas dívidas ou a combinação dos dois⁶⁵, a atribuição ao interessado de uma única suspensão de exigibilidade das dívidas outras que as alimentares, durante uma duração máxima de dois anos⁶⁶, **sera accordée à l'intéressé**.

No mesmo sentido, a hipótese de uma “situação irremediavelmente comprometida” e a abertura de um restabelecimento pessoal, a suspensão dos procedimentos de execução diligenciados contra o devedor durante toda a duração do procedimento⁶⁷ constitui normalmente apenas o prelúdio à medida radical de extinção das dívidas não profissionais inerente ao julgamento de encerramento para insuficiência de ativo.

Mas, enquanto que o devedor que vale-se da extinção parcial das suas dívidas ao abrigo da sua “insolvência” deve esperar oito anos antes de obter uma medida da mesma ordem para dívidas similares⁶⁸, nenhuma restrição deste tipo tem sido lograda no âmbito de um procedimento de restabelecimento pessoal⁶⁹. Esta diferença, sobretudo neste sentido, não é razoável.

18 - Atribuindo assim tempo ao consumidor para preencher o seu compromisso (ou antes de atenuar o encargo), o legislador abre assim o caminho, sob o controle do juiz, a arranjos contratuais. São outros arranjos que convém considerar para apreciar o controle do tempo conferido em diversas circunstâncias ao consumidor.

B - O tempo controlado pelo consumidor

19 - De acordo com os princípios do Código civil, a duração da relação contratual é determinada livremente pelas partes, sob reserva dos compromissos perpétuos⁷⁰. Mas, para que a escolha desta duração seja realmente livre, ainda é necessário que uma das partes não esteja em estado de impor seus objetivos ao outro⁷¹. É por isso que não será surpresa constatar que, sobre este ponto ainda, o legislador interveio de maneira específica em prol do consumidor, para evitar que a duração do contrato seja definida unicamente em função dos interesses do profissional.

Em especial, convém evitar que o consumidor se encontre preso a um contrato que, em razão da evolução das circunstâncias, tenha se tornado contrário aos seus interesses legítimos e seja voltado a impedi-lo de valer-se da concorrência em seu favor. Várias técnicas têm sido aplicadas para esse efeito.

⁶⁵ Arg. avis C. cass., 10 de janeiro de 2005 : *RTD com.* 2005, p. 424 e s.; vide, em complementação, TI Vienne, 25 de novembro de 2002: *RTD com.* 2003, p. 174. – 2ª Câmara Cível da Corte de Cassação, 22 de março de 2006, recurso (*pourvoi*) nº 04-04140, inédito.

⁶⁶ Código do Consumidor, art. L. 331-7-1

⁶⁷ Código do Consumidor L. 332-6.

⁶⁸ Código do Consumidor, art. L. 331-7-1, al. 2.

⁶⁹ Avis HYEST, *DOC. Sénat*, nº 404, sessão extraordinária 2002 - 2003, p. 25.

⁷⁰ *Supra*, al. 2.

⁷¹ O LITTY, *op. cit.*, 54 e s.

20 - Em primeiro lugar, de maneira excepcional, no caso do crédito renovável, o Código do Consumidor, no seu artigo L. 311-9, limitou expressamente a duração do contrato inicial. Este limite é fixado em um ano. Mas é, realmente, pouco vinculativo para o órgão credor, dado que a lei fala em “um ano renovável”. Em um outro caso específico, o dos contratos de prestações de serviços de comunicações eletrônicas, o artigo L. 121-84, originário da lei de 9 de Julho de 2004, prevê que o consumidor poderá cancelar o contrato, sem penalidade, caso recuse a modificar as condições contratuais propostas pelo profissional.

21 - Precisamente, para casos além destes específicos, uma lei de 28 de Janeiro de 2005, que introduziu o artigo L. 136-1 no Código do Consumidor, estabeleceu um dispositivo próprio para permitir ao consumidor, apesar da presença de cláusula tácita de renovação no contrato, conservar certo controle da duração da relação contratual. Na matéria, veremos de resto que a lei começa por impor uma obrigação de informação ao profissional, de sorte que o consumidor tenha a capacidade de, quando chegar o momento, pôr um termo ao contrato que não corresponderia mais às suas necessidades ou ao seu interesse⁷².

22 - Sobretudo, no caso do crédito ao consumo, a lei oferece em várias ocasiões ao consumidor a faculdade de pôr fim ao contrato unilateralmente antes do previsto, e mesmo quando esta ruptura antecipada não se explique por si só, nem por qualquer descumprimento do profissional às suas obrigações, nem pela ocorrência de uma causa externa. Por simples conveniências pessoais, o consumidor terá por conseguinte o direito de sair de maneira antecipada do contrato. Isto visa a duas hipóteses: a rescisão do crédito renovável e o reembolso antes de termo do crédito ao consumo.

1) A rescisão antecipada do crédito renovável

23 - Acrescentada à al.3 do artigo L. 311-9 do Código do Consumidor, a lei de 28 de Janeiro de 2005 dispõe doravante que “a qualquer momento” o credor poderá pedir não somente a redução da sua reserva de crédito ou a suspensão do seu direito a utilizá-la, mas ainda “a rescisão do seu contrato”.

Por conseguinte, neste tipo de operação de crédito, o consumidor não sofre nenhum constrangimento temporal. Transcorrido o prazo de sete dias para arrepender-se, pode ainda, quando o desejar, e mesmo antes da expiração da duração inicial de um ano, pôr fim ao contrato de maneira arbitrária. A lei não exige nenhuma justificativa da sua parte.

A intenção do legislador é clara. Trata-se, por esta disposição, de trazer uma pedra suplementar ao edifício de prevenção das situações de superendividamento⁷³. O crédito renovável, pelas facilidades que oferece, é considerado, com efeito, um mecanismo perigoso a esse respeito. Se, por razões econômicas, não se pode proibi-lo, a posição adotada foi no sentido de “melhor enquadrá-lo”⁷⁴. Esta disposição foi apresentada como “um progresso considerável”⁷⁵ na matéria.

⁷² *Infra*, n° 35 e s.

⁷³ Relator CHATEL, *DOC. AN* n° 1271, 12° lég., p. 17 e s.

⁷⁴ Assim se intitulou o Título II da lei de 28 de janeiro de 2005.

⁷⁵ Declaração de CORNU *JO Sénat* CR, 22 de junho de 2004, p. 4528.

Realmente, este progresso é sem dúvida menos “considerável”⁷⁶ que a derrogação que se encontra plasmada nos princípios contratuais, dado que, finalmente, o consumidor não será vinculado pela duração inicial de um ano da abertura de crédito.

Se este último não quer correr o risco de endividar-se, não lhe continua permitido evitar extrair a reserva de crédito que lhe é oferecida, sem, no entanto, ir até à rescisão do contrato? Trata-se, por conseguinte, de proteger o consumidor contra ele mesmo e suas próprias tentações contra a prática contratual do órgão de crédito.

24- O Código do Consumidor não especifica as modalidades práticas desta rescisão antecipada. O legislador não chegou a prever, como para o exercício do direito à retratação, a existência de um registro de rescisão. Nenhuma forma específica é necessária. Mas, por evidentes razões probatórias, o uso da carta com aviso de recepção será útil⁷⁷.

A esse respeito, a lei de 28 de Janeiro de 2005 dispõe que esta rescisão obriga o credor “a reembolsar, nas condições do contrato, o montante da reserva de dinheiro já utilizada”. Esta referência às condições do contrato retorna às disposições do parágrafo 2 do artigo L. 311-9⁷⁸, que refere o reembolso “que deve ser escalonado, salvo vontade em contrário do devedor”. Este último encontra-se, por conseguinte, na situação que seria a sua se, recém chegado no fim do período inicial, indicasse a sua intenção de não renovar o contrato.

Esta faculdade de rescisão antecipada efetua-se, assim, sem nenhuma penalidade contra o consumidor. Não é necessário dissuadi-lo de procurar a desoneração das dívidas.

2) O reembolso antecipado do empréstimo

25 - De acordo com o direito comum, o empréstimo de dinheiro deve ser reembolsado de acordo com os prazos acordados, de modo que nem o credor, tampouco o tomador, possam impor um reembolso antecipado. Sem dúvida, o artigo 1187 do Código Civil prevê que “o termo sempre é estipulado em prol do devedor”, o que seria para permitir ao tomador liberar-se por antecipação se ele encontra vantagem. Mas o mesmo texto acrescenta uma restrição a este princípio: “a menos que resulte da estipulação ou das circunstâncias que ele também foi acordado pelo interesse do tomador”. E esta situação corresponde bem ao empréstimo de dinheiro, no qual os reembolsos escalonados são estabelecidos pelo interesse comum⁷⁹: o banqueiro tem, com efeito, tanto interesse em escalonar as suas reentradas de dinheiro quanto o tomador em efetuar os seus pagamentos em função do calendário de percepção dos seus rendimentos⁸⁰. Naturalmente, o contrato pode autorizar um reembolso antecipado, mas, neste caso, imporá ao tomador que verta uma compensação financeira ao órgão credor, à razão, ao mesmo tempo, das despesas de gestão ligadas a esta mudança e da perda de uma parte dos interesses esperados.

⁷⁶ Vide, comparativamente, H. CLARET, *La loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur*: JCP G 2005, 1, 140, n° 27, que considera esta disposição como “supérflua”, tendo em vista o fato de “que o contrato tem a duração de um ano”.

⁷⁷ Cf. no mesmo sentido, H. CLARET, art. cit., n° 28.

⁷⁸ A redação inicial da proposição da lei, de resto, neste sentido: *Doc. AN* n° 1141, 12e lég., p. 4. A atual redação foi considerada mais precisa pelo Senado: *JO Sénat* CR, 22 de junho de 2004, p. 4527.

⁷⁹ Req 21 de abril de 1896: *DP* 1896, 1, 484, Relator VOISIN.

⁸⁰ F. COLLART-DUTILLEUL e P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 7ª ed., Dalloz, 2004, n° 285.

26 - O Código do Consumidor é mais favorável ao tomador⁸¹. Para permitir a este último exonerar-se das dívidas mais cedo, por exemplo, na sequência de uma reentrada de dinheiro imprevista, ou ainda, em período de baixa das taxas de juro, de modo que possa liberar-se contraindo outro empréstimo a uma taxa muito mais vantajosa, o legislador atribui-lhe o direito de reembolsar por antecipação. Trata-se dos artigos L. 311-29 e L. 312-21 para, respectivamente, os créditos móveis e os imobiliários ao consumo.

27 - No caso do crédito móvel, o direito reconhecido ao consumidor é tão mais forte que, não somente pode ser exercido de maneira arbitrária e em qualquer momento à sua iniciativa, mas que também desde uma lei de 31 de Dezembro de 1989, efetua-se sem que o órgão credor possa reclamar por outro lado a mais mínima indenização.

Uma única restrição figura no artigo L. 311-29: o credor poderá recusar um reembolso parcial antecipado que seja inferior à três vezes o montante contratual do primeiro prazo não cabido⁸². As complicações que este reembolso antes do termo geram em detrimento do organismo bancário não devem, com efeito, se mostrar demasiado importantes em relação às vantagens esperadas pelo consumidor. Mas este limite não deve ocultar o princípio: a lei permite o reembolso antecipado, tanto total como parcial.

28 - Tal prerrogativa é igualmente reconhecida ao consumidor no domínio do crédito imobiliário. Como no caso precedente, e pelas mesmas razões, o tomador pode exercer esta faculdade quando lhe parece bom e de maneira arbitrária, não obstante qualquer cláusula contrária.

A partir desta base comum, o artigo L. 312-21 põe duas séries de regras específicas aos reembolsos de empréstimos imobiliários.

29 - A primeira refere-se às restrições aos reembolsos que seriam apenas parciais. Sobre a matéria, a lei prevê que o contrato pode proibi-los quando forem “iguais ou inferiores a dez por cento do montante inicial do empréstimo”. Como no caso de um crédito móvel, trata-se de evitar ao profissional despesas desproporcionais em relação à economia esperada do consumidor. Mas o regime desta restrição é aqui diferente. Não somente o limiar mínimo de reembolso fixado pela lei não é o mesmo, mas ainda, contrariamente às disposições do artigo L. 311-29, está previsto que este limite não é levado a efeito quando o reembolso em questão é destinado a pagar o saldo do empréstimo.

30 - A segunda especificidade é mais notável: o artigo L. 312-21 autoriza o credor a reclamar do tomador o pagamento de uma indenização de reembolso antecipado em decorrência de interesses não-ocorridos (*intérêts non échus*). A diferença de regime em relação ao crédito mobiliário explica-se, sem dúvida, neste caso, pela diferença dos interesses envolvidos. Os empréstimos imobiliários são, geralmente, de longa duração e envolvem um maior número de interesses, o que implica que, nesse caso, haverá maior importância em respeitar o plano de reembolsos previamente estabelecido. É evidente, no entanto, que o credor apenas poderá demandar essa indenização se ela for expressamente prevista no contrato. O artigo L. 312-23 estabelece que nenhuma outra soma de dinheiro poderá ser exigida do consumidor.

⁸¹ Cf. J.-R. MIRBEAU-GAUVIN, *Le remboursement anticipé du prêt en droit français*: D. 1995, chron. 46 e s.; O. LITTY, *op. cit.*, n.ºs 364 e s.

⁸² Código do Consumidor, art. D. 311-10

Nessa matéria, a liberdade contratual é particularmente limitada. A indenização suscetível de ser reclamada do consumidor é sujeita a um limite máximo para evitar que seja demasiado dissuasiva. Ela “não pode exceder o valor de um semestre de juros sobre o capital reembolsado à taxa média do empréstimo, sem poder exceder 3% do capital ainda devido antes do reembolso”⁸³. Em casos específicos, como o dos empréstimos a taxas progressivas, onde são acompanhados de taxas diferenciadas de acordo com os períodos, a indenização devida poderá ser objeto de uma majoração em relação à hipótese precedente. Essa majoração corresponderá à “soma que permitir assegurar ao credor a taxa média prevista na concessão do empréstimo relativa ao tempo decorrido desde a o início”⁸⁴.

Nos dois casos, de acordo com as disposições do artigo L. 312-21, a demanda de pagamento, realizada pelo credor, da verba indenizatória de reembolso antecipado devidamente limitada efetua-se “sem prejuízo da aplicação do artigo 1152 do Código civil”. Logo, mesmo que a indenização reclamada permanecesse nos limites do teto legal, o tomador teria, por conseguinte, a faculdade de solicitar a sua moderação pelo juiz, em razão de, na circunstância dada, ela parecer “manifestamente excessiva”.

Até o momento, no entanto, pelo menos no caso específico dos empréstimos a taxa progressiva, a Corte de Cassação frustrou esse mecanismo, pelo duplo motivo de que o poder discricionário que o juiz extrai do artigo 1152 do Código civil apenas concerne às cláusulas penais⁸⁵, que, precisamente, não são as cláusulas de reembolso antecipado, que têm por objeto “restabelecer uma taxa média constante”, e não “assegurar a execução das obrigações do tomador”⁸⁶. A causa da obrigação de pagar essa indenização consiste na reparação dos lucros cessantes (*manque à gagner*) sofridos pelo credor em decorrência da rescisão (*résiliation*) antecipada do contrato.⁸⁷

O resultado desse raciocínio é criticável: a remissão (*remise*) ao Código civil, por meio do artigo L. 312-21, não significa, necessariamente, que a cláusula de reembolso antecipado constitui uma cláusula penal. O reembolso tem simplesmente por objeto atribuir, no interesse do consumidor-tomador, à primeira um elemento do regime jurídico da segunda. Sem dúvida, teria sido mais oportuno se a lei tivesse se referido, nessas circunstâncias, ao poder discricionário do juiz sem menção ao artigo 1152 do Código civil.

Tanto é assim que, sempre que há um empréstimo a taxas progressivas, a Corte de Cassação (*Cour de Cassation*) exige, sob pena de decadência do direito, que as modalidades de cálculo desses juros compensatórios sejam “indicadas na oferta preliminar (*offre préalable*), de modo a permitir ao tomador ter conhecimento do máximo que poderia dever no caso de reembolso antecipado”⁸⁸.

⁸³ Código do Consumidor, art. R. 312-2, al. 1^a.

⁸⁴ Código do Consumidor, art. R. 312-2, al. 2; cf. M. LE SON, *L'indemnité de remboursement anticipé d'un prêt immobilier de consommation*. *RD bancaire et bourse*, 1991, p. 213.

⁸⁵ Acerca dessa jurisprudência, cf. G. PAISANT, *Rép. civ. Dalloz*, vide cláusula penal, 2003, n.º 69 e s.

⁸⁶ Cass. 1^{re} civ., 7 de outubro de 1992: *Bull. civ. I*, n.º 245 – 2 de dezembro de 1992: *Bull. civ. I*, n.º 301; *Contrats, conc. consom.*, 1993, n.º 41, comentários de LEVENEUR. – 30 de março de 1994: *Bull. civ. I*, n.º 129. – 11 de outubro de 1994: *Bull. civ. I*, n.º 289. – Vide, contudo Cass. 1^{re} civ., 20 de março de 1989: *Bull. civ. I*, n.º 138.

⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 27 de setembro de 2005: *D. 2005*, 2670, comentários de X. DELPECH; Defrénois, 2005, p. 2003, coment. de SAVAUX, 2006, p. 332, nota PIEDELIÈVRE.

⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 30 de março de 1994, *cit.* – 21 de fevereiro de 1995: *Bull. civ. I*, n.º 99; vide, como complementação, 8 de julho de 1994, *Contrats, conc. consom.*, 1994, n.º 241, comentários de RAYMOND.

Para escapar também ao pagamento dessa indenização, alguns tomadores invocaram a nulidade da cláusula com fundamento no artigo 1129 do Código civil, relativo à indeterminação do objeto. Mas se essa orientação, durante certo tempo, encontrou eco na Corte de Cassação (*Cour de Cassation*) relativamente a empréstimos não submetidos ao Código do Consumidor, com base no fato de que a indenização não estaria determinada em consonância com elementos exteriores à vontade das partes⁸⁹, hoje ela foi abandonada; esses elementos estão incluídos nas relações consumeristas⁹⁰.

Desde uma lei de 25 de junho de 1989, relativa a empréstimos imobiliários subscritos a partir de 30 de junho do mesmo ano, apenas são exonerados do pagamento de qualquer indenização os tomadores cujo reembolso antecipado é motivado pela venda do bem imobiliário financiado pelo empréstimo como consequência de uma mudança superveniente no local de exercício de sua atividade profissional ou da do seu cônjuge. Contudo, essa dispensa só vale se a referida mudança resulta do falecimento do tomador ou de seu cônjuge, ou ainda da cessação forçada da atividade até então por ele exercida⁹¹. Para facilitar a mobilidade profissional, por exemplo, para sair de uma situação de desemprego, poder-se-ia ter sido menos restritivo.

Apesar do princípio subsistente⁹² da licitude da indenização do reembolso antecipado no domínio imobiliário, essa faculdade que se reconhece ao consumidor de sair do contrato antes do termo acordado parece um verdadeiro “privilégio”⁹³. Ela constitui um dos meios previstos pelo legislador para compensar a desigualdade contratual entre profissionais e consumidores. Há, no entanto, outros meios, porque se o tempo pode jogar em favor dos últimos, ele também gera limitações específicas em relação aos primeiros.

II – A pressão do tempo para o profissional

31 - Nos contratos que o vinculam aos consumidores, o profissional não sofre a pressão do tempo apenas no dever de respeitar os direitos conferidos aos primeiros. A coação nada mais é do que o inverso do favorecimento do tempo consentido aos consumidores.

Essa coação igualmente se externaliza, de maneira direta, por meio das obrigações positivas impostas aos profissionais em benefício do consumidor (A), ou, ainda, indiretamente, através dos limites que a legislação destina às cláusulas abusivas na determinação do conteúdo do contrato (B).

⁸⁹ Cass. com., 15 de dezembro de 1992: *Bull. civ. IV*, n.º 417. – Cass. 1.ª civ., 22 de junho de 1994: *D.* 1995, 368, nota de A. PENNEAU. – 9 de maio de 1996: *Contrats, conc., consom.*, 1996, n.º 136, 2.ª esp., nota de LEVENEUR.

⁹⁰ Cass. 1.ª civ., 6 de março de 2001: *Bull. ch. I*, n.º 184; *D.* 2001, 1172, comentários de AVENA-ROBARDET; para um outro tipo de empréstimo: Cass. 1.ª civ., 14 de junho de 2000: *Bull. civ. I*, n.º 184; *D.* 2001, 1136, comentários de D. MAZEAUD; em complementação, vide Cass. 1.ª civ., 2 de março de 2004, recurso (*pourvoi*) n.º 01-11920, inédito.

⁹¹ Vide A. GOURIO, *L'indemnité de remboursement anticipé des prêts au logement: une demi-réforme*, *RD bancaire et bourse*, 1999, p. 160.

⁹² Acerca da contestação desse princípio, vide J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, LGDJ, 1996, n.º 22550; J. CALAIS-AULROY e F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 6.ª edição, Dalloz, 2003, n.º 429, p. 476, nota 1.

⁹³ Y. PICOD e H. DAVO, *Droit de la consommation*, Armand Colin, 2005, n.º 306.

A - As obrigações positivas impostas ao profissional

32 - O tempo gera obrigações ao profissional, tanto na ocasião da formação ou renovação do contrato de consumo, quanto sob a perspectiva de sua execução.

1. Na ocasião da formação ou da continuação do contrato

33 - As obrigações aqui impostas aos profissionais integralizam os direitos reconhecidos aos consumidores na medida em que são destinadas a facilitar o seu exercício. Trata-se da obrigação do credor de manter sua oferta durante certo lapso temporal e da obrigação de informar ao consumidor em tempo hábil, para que este possa escapar a uma cláusula de continuação tácita do contrato.

34 - A obrigação, para o credor, de manter sua oferta durante um certo lapso temporal é comum aos créditos mobiliários e imobiliários ao consumo. Nos dois casos, ela é destinada a permitir ao consumidor comparar com as ofertas concorrentes e de refletir sobre suas respectivas vantagens e inconveniências. Em outras palavras, *trata-se* de facilitar, para o consumidor, a expressão de um consentimento claro e, então, de complementar, tanto o direito à retratação, como o direito à reflexão, este admitido pelo Código do Consumidor⁹⁴. Mas o regime e o alcance dessa obrigação imposta ao credor variam de acordo com o tipo de crédito em questão.

É no caso do crédito mobiliário que ela revela uma importância menos significativa. O artigo L. 311-8 fixa em quinze dias, no mínimo, a contar de sua emissão, o prazo de manutenção da oferta de crédito. Contudo, resta claro que nada impede que o consumidor aceite essa oferta antes de expirar o prazo. Na prática, com efeito, não é raro ver o consumidor assinar a oferta preliminar no mesmo momento em que esta lhe é apresentada; o que reforça a utilidade do direito de arrependimento nessas circunstâncias. De todo modo, transcorrido o prazo de quinze dias sem que o consumidor tenha externalizado sua aceitação, a oferta emitida restaria caduca de pleno direito e o credor desonerado de levá-la adiante, a menos que um prazo mais extenso tenha sido convencionado pelas partes.

No que respeita ao crédito imobiliário, a fixação dessa obrigação é notadamente reforçada em razão da diferença dos riscos. Não somente o prazo durante o qual o credor deve manter sua oferta é fixado por um mínimo de trinta dias, a contar, dessa vez, de sua recepção pelo devedor⁹⁵, mas, ainda, sabemos que o consumidor não pode validamente expressar sua aceitação antes de expirado o prazo de reflexão de dez dias que a lei lhe confere⁹⁶. Considerando que os trinta dias são editados no interesse do consumidor, podemos pensar que se trata de dias francos⁹⁷.

⁹⁴ V. *supra* n.º 7 e s.

⁹⁵ Código do Consumidor, art. L. 312-10 al. 1.º.

⁹⁶ *Supra*, n.º 1.

⁹⁷ Do tradutor: considera-se dia franco (*jour franc*) um período de 24 horas a partir da hora zero. É um prazo franco, ou seja, que começa a correr após a fluência do dia inicial do prazo (*dies a quo*); o tempo restante antes do começo desse dia não é computado. No Brasil, é como são contados os prazos processuais, segundo o Código de Processo Civil.

35 - De alcance mais geral, visto que relativa a todos os contratos de prestação de serviços, a Lei de 28 de janeiro de 2005 impôs aos profissionais a obrigação de informar a seus co-contratantes consumidores sobre a faculdade que lhes é conferida de escapar a uma cláusula de continuação tácita, por uma duração determinada ou indeterminada⁹⁸, e, via de consequência, desfazer o contrato desfavorável aos seus interesses.

Sem dúvida, os contratos prevêem, eles mesmos, as modalidades próprias para evitar a continuação tácita, mas, em razão do duplo motivo de sua “formulação freqüentemente complexa” e do caráter “freqüentemente mal-conhecido” pelos consumidores das estipulações neles contidas⁹⁹, o legislador desejou obrigar o profissional a informar ao consumidor sobre a data-limite, dentro da qual ele poderá demonstrar sua intenção de desfazer o contrato¹⁰⁰. Trata-se, com efeito, de posicionar melhor o consumidor para exercer um direito reconhecido pelo direito comum e organizado pelo contrato, garantindo-o contra a própria negligência da leitura do consumidor ou compreensão equivocada das coisas.

Mais precisamente, o novo artigo L. 136-1 do Código do Consumidor dispõe que o profissional deve informar por escrito ao consumidor, “no mais cedo, em três meses, e, no mais tardar, em um mês antes do final do prazo que autoriza a rejeição da continuação, da possibilidade de desfazer o contrato.”

36. – A aplicação dessa obrigação de informação supõe, então, que o contrato tenha determinado precisamente a data-limite, antes de chegar ao final do período inicial, prazo em que o contratante consumidor pode manifestar-se eficazmente para impedir a continuação da relação. No caso contrário, devemos admitir que a informação do profissional deva ser emitida, no mais tardar, um mês antes do dia da continuação efetiva do contrato. A forma do documento mediante o qual esta informação deve ser comunicada ao consumidor não é determinada pela lei. A carta registrada com aviso de recebimento não é, então, necessária, mesmo se, na prática, suas vantagens probatórias sejam evidentes. De acordo com as circunstâncias, um documento eletrônico pode ser suficiente; em particular nos casos em que a encomenda do consumidor tenha sido efetuada desta forma. Todavia, evidentemente, é ainda necessário que haja alguma chance de o consumidor estar inserido neste procedimento. Considerando a redação da lei, podemos pensar que o profissional somente tem o ônus de provar que expediu ao endereço correto o documento informativo requisitado¹⁰¹. Entretanto, essa solução não é satisfatória para o consumidor, que terá de suportar um risco contra o qual não está em condições de se prevenir: o mal-encaminhamento da correspondência. Com efeito, como poderá ele provar que não recebera a informação escrita do profissional? Uma vez mais, encontramos-nos confrontados com o problema da refletividade do direito do consumidor. Mas impor ao profissional a prova da data de recepção da informação conduziria

⁹⁸ É por efeito de regra, a despeito de estipulações contrárias, que a continuação de um contrato por tempo determinado o transforma em contrato por tempo indeterminado, que pode ser rescindido a qualquer momento, por meio de um pré-aviso usual (ou fixado pelo contrato) pelo interessado: cf. P. STOFFEL-MUNCK, O enquadramento da continuação tácita nos contratos de consumo desde a lei Cbatel: JCP G 2005,1, 129, n° 1.

⁹⁹ Rapp. CHATEL, nota 73 acima, p. 11-12.

¹⁰⁰ H. CLARET, nota 76 acima, n° 14; P. STOFFEL-MUNCK, art. préc.

¹⁰¹ P. STOFFEL-MUNCK, art. préc, n° 7.

a uma inflação dificilmente controlável no sistema da carta registrada. O legislador pôs em prática os meios adequados para esta nova manifestação de proteção aos consumidores?

37 - Sendo respeitada esta obrigação de informação, caberá ao consumidor decidir-se.

Ele pode, primeiramente, escolher guardar silêncio, o que conduzirá ao seguimento da relação contratual, segundo os termos do contrato. Excepcionalmente, e segundo a regra a qual prevê que o contrato continuado é considerado como um novo contrato¹⁰², poderia parecer que, no caso dos contratos de serviços à distância, o consumidor conserva uma faculdade de retratação nos sete dias seguintes à continuação¹⁰³.

Mas nos prazos estipulados no contrato, o consumidor poderia igualmente expressar sua vontade de não prosseguir com a relação contratual, após o termo inicial. Ora, embora o artigo L. 136-1 tenha concebido favorecer essa eventualidade, ele curiosamente se omite em precisar seus termos. A rigor, essa faculdade de denúncia nos parece arbitrária e gratuita. Considerando as finalidades da lei e seu caráter necessário de ordem pública¹⁰⁴, qualquer estipulação que subordinasse a não-recondução do contrato ao pagamento de qualquer contrapartida pecuniária seria, do nosso ponto de vista, ilícita. No que respeita à forma, diante do silêncio da lei, devemos considerar que esta é livre. Mas como, pelas evidentes razões probatórias, não aconselhar os consumidores, desejosos de retomar sua liberdade com toda segurança, a recorrer a essa famosa carta registrada com aviso de recebimento¹⁰⁵?

38 - Na hipótese em que, ao contrário, o profissional não respeitasse sua obrigação de informação, o artigo L. 136-1 prevê que “o consumidor pode, gratuitamente, pôr termo ao contrato, a qualquer momento, a contar da data de continuação. Para colocar em prática essa prerrogativa, o texto não distingue se o contrato prevê uma continuação por tempo determinado ou indeterminado. A solução deve então ser a mesma em ambos os casos. A expressão “a qualquer momento” significa notadamente que não será esperado do consumidor respeitar um pré-aviso qualquer, mesmo contratualmente fixado, para pôr termo ao contrato continuado¹⁰⁶. Novamente, trata-se de um direito discricionário do consumidor.

Nessas circunstâncias, o contrato terá fim sem retroagir ao dia da continuação. Se, então, um adiantamento foi feito pelo consumidor, e se os serviços correspondentes a esse adiantamento não tenham sido integralmente providos no momento da rescisão do contrato, o profissional deverá efetuar um reembolso proporcional no prazo de trinta dias¹⁰⁷. Após esse prazo, as somas devidas produzirão juros à taxa legal; o que não representa uma forte dissuasão! A verdadeira sanção reside no direito conferido ao consumidor de retomar sua liberdade quando ele a desejar, uma vez entabulado o processo de continuação.

¹⁰² V. B. AMAR-LAYANI, A continuação tácita: D. 1996, chron. 145 et s., spéc. p. 147. Por ex.: Cass. com. 10 juin 1998. Bull. civ. IV, n° 119.

¹⁰³ Código de Consumo, art. L. 121-20; V. P. STOFFEL-MUNCK, art. préc., n° 10 et s.

¹⁰⁴ Mesmo que a lei de 28 de janeiro de 2005 não o diga expressamente.

¹⁰⁵ Nesse sentido, H. CLARET, art. préc., n° 18.

¹⁰⁶ No mesmo sentido, H. CLARET, art. préc., n° 16.

¹⁰⁷ Código do Consumidor, art. L. 136-1, al. 2.

2. Quando da execução do contrato

39 - As pressões do tempo, as quais pesam sobre o profissional, contrastam com os favores ofertados aos consumidores quando estes devem pagar o preço dos produtos ou dos serviços que lhes são fornecidos¹⁰⁸. Mesmo se essa diferença de situação não apresente um caráter de generalidade, duas ilustrações merecem atenção: de uma parte, a obrigação de pontualidade direcionada para a responsabilidade do profissional e, de outra, as pressões de tempo que a lei lhe impõe, a partir de agora, de maneira exclusiva, quando, em matéria de crédito ao consumo, o credor decide agir contra o devedor em mora.

40 - A obrigação de pontualidade que pesa sobre o profissional é enunciada no artigo L. 114-1 do Código do Consumidor. Esse texto se aplica às vendas de bens móveis e aos contratos de fornecimento de serviços, desde que a entrega do bem e o fornecimento da prestação não seja imediata e o preço convencionado seja superior a uma quantia atualmente fixada em 500 euros. Nesse caso, o profissional é obrigado a indicar a data-limite na qual ele executará sua obrigação, sendo especificado que, em caso de atraso superior a sete dias não causado por força maior, o consumidor estará no direito de “denunciar” o contrato por carta registrada com aviso de recebimento. Esse *direito* deve ser exercido dentro de “sessenta dias úteis”, a contar da data indicada para a entrega do bem ou para a execução da prestação.

O profissional deve, assim, comprometer-se com um prazo suficientemente preciso de execução¹⁰⁹ e respeitá-lo, sob reserva da força maior, apreciada geralmente de maneira restritiva pelos juízes¹¹⁰.

Enquanto que no prazo previsto pela lei o consumidor insatisfeito denuncia o contrato, esse último é considerado como resilido no dia da recepção, pelo profissional, da carta de denúncia. Entretanto, se “entre o envio e a recepção dessa carta”¹¹¹ o profissional honrar sua obrigação, a rescisão será evitada. Consequentemente, quanto mais o consumidor tardar em denunciar o atraso do profissional, mais esse último disporá de tempo para cumprir seu compromisso. É um tipo de período de graça, deixado à iniciativa do consumidor.

Em contrapartida, a ausência de reação do consumidor no atraso de sessenta dias deve ser interpretada como uma prova do caráter não essencial, aos seus olhos, da obrigação de pontualidade do profissional. Isso não significa que este possa retardar ao infinito o momento em que honrará o contrato. Outro recurso possível ao direito comum de inexecução contratual, compreendendo-lhe eventualmente a resolução judiciária do artigo 1184 do Código Civil, em caso de falta persistente, mantém-se aberta ao consumidor a via específica da intimação a fazer¹¹². Esta supõe que o consumidor conserve um interesse em manter a relação contratual até sua implementação, seja porque ele não conhece outro profissional similar para executar a prestação requerida, seja porque ele sabe que não encontrará condições financeiras tão vantajosas em comparação com um concorrente.

¹⁰⁸ *Supra*, n.ºs Bcs.

¹⁰⁹ Cf. Paris, 3 de julho de 2001: D. 2001, 2740, obs. RONDEY, para uma entrega em « fins de julho » e 2 de outubro de 2003: RJDA 2004, n.º 152, para uma entrega « no mais tardar, na segunda quinzena do mês de março ».

¹¹⁰ V. Versailles, 22 de setembro de 2000: BRDA 2000, n.º 21, para um atraso de fabricação de um construtor automobilístico julgado « previsível ». No mesmo sentido, Paris, 21 de janeiro de 1997: *Contrats, conc. consom.* 1997, n.º 105, obs. RAYMOND, para um atraso devido a um erro do fabricante.

¹¹¹ Código do Consumidor, art. L. 114-1, al. 3.

¹¹² Código do Consumidor, art. R. 142-2.

41 - Mas outros atrasos imputáveis aos profissionais não encontram solução na aplicação desses dispositivos específicos. Imaginemos, assim, todas as hipóteses em que, no curso da execução do contrato, o consumidor esteja diante do fato consumado e submerso, imediatamente, em uma situação prejudicial. Como não mencionar o caso particular dos atrasos dos transportadores?

Sem dúvida, no transporte de passageiros, o transportador tem o dever essencial de transportar esses últimos sãos e salvos ao destino. Mas há também o dever de conduzir-lhes “de acordo com o horário previsto”, e ele vincula sua responsabilidade às suas “falhas na obrigação de pontualidade”¹¹³. Tal dever vale, ainda, para todos os tipos de transporte¹¹⁴, sendo mesmo qualificado como essencial, no caso em que o transportador publiciza e garante a confiabilidade e a celeridade de seu serviço¹¹⁵.

Apesar desses princípios, faz-se necessário reconhecer que o consumidor não será praticamente jamais indenizado por prejuízos de qualquer monta (correspondências e encontros falhos, gastos com hotel e restaurante, custo de outro transporte, mercadorias avariadas ou inutilizáveis em razão de sua entrega tardia...) sofridos pelo atraso.

Naturalmente, convém deixar de lado todas as hipóteses nas quais o atraso do transportador se explique por causas alienígenas¹¹⁶ ou, nos casos particulares de transporte de passageiros, por razões de segurança¹¹⁷, sendo entendido que compete ao profissional o ônus de provar essas circunstâncias exoneratórias¹¹⁸. Por outro lado, sabemos que, seguindo os termos do artigo 1150 do Código Civil, somente os danos previsíveis são reparáveis¹¹⁹, além do dolo ou da falta relevante do contratante recalcitrante.

Mas, sobretudo, o direito positivo faz prova de certa leniência com relação aos transportadores como sujeitos de cláusulas limitadoras de responsabilidade inseridas em seus contratos. O princípio de sua validade é efetivamente admitido, salvo no caso em que o dever de pontualidade é considerado essencial¹²⁰ ou, ainda, no caso da falta relevante, dolosa ou inescusável do próprio transportador¹²¹. Por vezes, também, os juízes admitem que as condições gerais do contrato podem validamente prever que os horários indicados pelo profissional “não fazem parte do contrato”¹²² ou consideram que a placa publicitária atestando

¹¹³ Paris, 4 de outubro de 1996 : JCP G 1997, II, 22810, nota PAISANT et BRUN, no caso dos atrasos da SNCF.

¹¹⁴ Nesse sentido, por exemplo, para um transporte terrestre de mercadorias : Cass. com., 2 de abril de 1974 : Bull. civ. IV, n° 122; 8 de julho de 2003, apelo n° 00-17846, inédito.

¹¹⁵ Ca&s. com., 22 de outubro de 1996 : Bull. civ. IV, n° 261 ; Contrats, conc. consom. 1997, n° 24, obs. LEVE-NEUR; D. 1997, 121, nota SÈM AUX; Defrénois 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 1997, e 418, obs. MESTRE. – Câmara Mista, 22 de abril de 2005, 2 esp. : Contrats, conc. consom. 2005, n° 150, obs. LEVENEUR; JCP G 2005, II, 10066, nota LOISEAU.

¹¹⁶ Código do Consumidor, art. L. 133-2; p. ex. : Cass. com., 6 fev. 1973 : Bull. civ. IV, n° 62.

¹¹⁷ G. PAISANT et P. BRUN, note sous Paris, 4 oct. 1996, préc.

¹¹⁸ P. ex. : Cass. com., 13 de janeiro de 1970 : Bull. civ. IV, n° 17. - 16 de março de 1999, recurso n° 97-11428, inédito.

¹¹⁹ Cf. Paris, 31 de março de 1994 : D. 1994, inf. rap., 134.

¹²⁰ Cf. referências citadas na nota 114 supra ; adde, Caen, 5 de janeiro de 1999, décision n° 963691 > inédito.

¹²¹ P. ex. : Cass. I civ., 14 de março de 1995, recurso n° 93-10370, inédito. - Ass. plén., 30 de junho de 1998 : Bull. civ., ass. plén., n° 2. - Cass. I civ., 22 de junho de 2004, recurso n° 01-00444, inédito.

¹²² Cass. I civ., 5 de julho de 2005, v. *Bulletin*.

o estado de regularidade e rapidez do transporte não apresenta “qualquer valor contratual”¹²³, o que é eminentemente contestável.

Na falta de previsões contratuais especiais¹²⁴, no transporte público de mercadorias, em que se aplicam os dispositivos de um contrato de adesão¹²⁵, a limitação de responsabilidade do transportador é ainda a regra: em caso de atraso prejudicial ao cliente, o transportador é somente obrigado a “verter uma indenização que não exceda o preço do transporte”. Acertadamente, no entanto, a Corte de Cassação decidiu que a falta relevante ou dolosa do transportador desnudaria essa limitação de responsabilidade¹²⁶. Em contrapartida, o Conselho de Estado julgou que, mesmo entre profissionais e consumidores, tal limitação não sucumbiria ao golpe das disposições do artigo 132-1 do Código de Consumidor relativamente às cláusulas abusivas. O Conselho estima, efetivamente, que, além da reserva de falta relevante, é sempre possível ao consumidor fazer uma declaração de interesse especial que substituiria essa declaração sobre o limite da indenização no contrato de adesão¹²⁷.

Enfim, o caso do transporte aéreo de passageiros, de bagagens ou de mercadorias, mesmo quando não apresenta um caráter internacional¹²⁸, provoca disposições supranacionais, a saber o regramento CE n° 261/2004 de 11 de fevereiro de 2004 e a Convenção de Montreal de 28 de maio de 1999 aplicável em toda a Comunidade desde 27 de junho de 2004. Emergem desses diplomas dois pontos essenciais:

Em primeiro lugar, essas disposições predominam sobre todos os textos internos que seriam de natureza a opor-se às limitações de responsabilidade que elas estabelecem em proveito dos transportadores, notadamente o artigo L. 132-1 do Código do Consumidor, interditando as cláusulas abusivas.

Em segundo lugar, com a preocupação de melhorar o destino dos passageiros, vítimas de atrasos significativos, o regramento comunitário, em seu artigo 6°, lhes permite obter, em todas as circunstâncias, uma reparação estandarizada e imediata, consistindo, por exemplo, dependendo da consequência do atraso, em bebidas, refeições e hospedagens gratuitas, assim como na possibilidade de efetuar, sempre gratuitamente, duas ligações telefônicas. Mas foi ventilada a questão da compatibilidade dessas disposições comunitárias com a Convenção de Montreal. Ora, efetivamente, se esta prevê uma exoneração do transportador, que suportaria o ônus de provar ter tomado “todas as medidas que poderiam razoavelmente impor-se para evitar o dano ou que seria impossível para ele tomá-las”, o regramento não oferece qualquer escapatória à companhia aérea. Mas a convenção internacional se sobrepõe ao direito comunitário derivado, expresso por esse regramento.

Em um julgado de 10 de janeiro de 2006, a Corte de Justiça das Comunidades Européias pronunciou-se em favor da compatibilidade¹²⁹. A Corte considera, efetivamente,

¹²³ Cass. com, 1° de fevereiro de 2005, recurso n° 03-16773, inédito.

¹²⁴ Ou quando a cláusula limitadora de responsabilidade seja sem valor, considerando o caráter essencial da obrigação de pontualidade do transportador.

¹²⁵ Decreto n° 99-269, 6 de abril de 1999 J.O 11 avr. 1999.

¹²⁶ Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, nota 114 supra.

¹²⁷ CE, 6 de julho de 2005, *Doom*: D. 2005, 2094, nota DELEBECQUE JCPG 2005, II, 10154, nota DONNAT.

¹²⁸ Cass. civ., 20 de março de 2001: *Bull* civ, I, n° 81.

¹²⁹ Aff. C-344/04, IATA Department for transport, www.curia.eu.int

que a Convenção de Montreal, na limitação de responsabilidade que estabelece em proveito dos transportadores, quantifica os danos individuais sofridos por cada passageiro em consideração ao motivo de seu deslocamento e sua situação pessoal, enquanto que o regramento comunitário apenas trata da reparação dos prejuízos que sofrem de maneira praticamente idêntica todos os passageiros, vítimas do mesmo atraso. Os dois textos, fixando-se em estabelecer as reparações diversas de prejuízos diversos, e cada um deles perseguindo um objeto distinto, o princípio da primazia da convenção internacional acaba não encontrando, então, aplicação.

Isso não impede que, apesar dessa decisão positiva, o passageiro aéreo, vítima de atrasos, deva contentar-se com uma singela consolação e que não possa requisitar uma verdadeira indenização.

42 - Em contrapartida, em uma outra área como aquela do crédito ao consumo, a lei utiliza o tempo de maneira mais desfavorável ao profissional, muito embora em relação a ele não se verifique nada de reprovável, porquanto, pelo contrário, é o consumidor-devedor que não executou suas obrigação conforme acordado.

Com efeito, segundo as disposições do artigo L. 311-37 do Código do Consumidor, tal como reformado pela lei de 11 de dezembro de 2001, as ações de cobrança “por ocasião da inadimplência do devedor devem ser formadas dentro de dois anos do evento que lhes deu causa, sob pena de preclusão”. Enquanto anteriormente todas as ações que tinham seu fundamento na aplicação dos textos do Código do Consumidor sobre o crédito mobiliário, incluindo aquelas intentadas pelo consumidor contra a instituição de crédito, se encontravam submetidas a esse breve prazo, a partir de então o texto passou a representar um sentido único.

Desse modo, em caso de contestação, por via de ação ou de exceção, acerca da regularidade da oferta preliminar, o consumidor dispõe, a partir de então, do prazo do direito comum da prescrição para tanto, isto é, no caso, o prazo de dez anos do artigo L 110-4 do Código Comercial. A vantagem conferida ao consumidor em comparação com o direito anterior é evidente, e não menos evidente é a diferença de tratamento em desfavor do profissional. É somente sobre este que repousa a obrigação de diligência.

43 - Encontramos aqui o espírito geral do direito do consumidor. A vantagem legislativa conferida ao consumidor constitui um “reequilíbrio” destinado a compensar “a disparidade de poder econômico entre o credor e o devedor”¹³⁰. A experiência demonstrara, com efeito, que a disposição igualitária precedente recaía muito frequentemente em favor das instituições de crédito, uma vez que, passado esse prazo de dois anos, eles se encontravam, em qualquer circunstância, ao abrigo das consequências das irregularidades que podiam macular suas ofertas preliminares inicialmente emitidas. O texto era, desse modo, em boa parte, desviado de sua finalidade primeira, qual seja a de evitar que, depois de muitos anos de inércia, a instituição credora, cumulando os juros de mora, reclamasse somas consideráveis do consumidor inadimplente¹³¹.

¹³⁰ P. FLORÈS e G. BIARDEAU, *Réforme du délai de forclusion : vers une restauration du régime de protection de l'emprunteur* : D. 2002, 876 e s. ; X. LAGARDE, *Forclusion biennale et crédit à la consommation* : JCP E 2202, 1116.

¹³¹ P. FLORÈS e G. BIARDEAU, art. prec.

Ademais, podemos observar que, notadamente no caso do crédito renovável, a regra do prazo de dois anos ao qual é submetida a ação do credor é atualmente objeto de uma interpretação favorável ao consumidor. Esse prazo transcorre, com efeito, imediatamente “a contar do primeiro vencimento não regularizado”¹³² e não mais “a contar do dia no qual a abertura de crédito teve fim”¹³³.

O direito do consumidor atribui ao profissional, portanto, também nessa matéria, direta e explicitamente, as obrigações do tempo. Algumas vezes essa obrigação será somente indireta ou implícita.

B - As obrigações resultantes da legislação sobre as cláusulas abusivas

44 - Se o tempo, da mesma forma que outros elementos, figura entre as previsões contratuais, a expressão dessas últimas encontra um limite na noção de ordem pública e na existência de disposições legislativas ou regulamentares de caráter imperativo.

É nesse sentido que a legislação sobre as cláusulas abusivas, limitando a liberdade do profissional na determinação de estipulações contratuais que ele propõe à sua clientela de consumidores, pode se opor a certas cláusulas de duração ou de prazos, na medida em que elas, seguindo a disposição geral do artigo L. 132-1 do Código do Consumidor, teriam “por objeto ou por efeito criar, em detrimento do não-profissional ou do consumidor, um desequilíbrio significativo entre os direitos e as obrigações das partes no contrato”. Essa legislação deveria, pois, dissuadir os profissionais de inserir nos seus contratos cláusulas suscetíveis de serem julgadas abusivas conforme esse critério geral.

Atualmente, nenhuma cláusula de duração ou de prazo é expressamente proibida sob esse fundamento. Podemos citar, provavelmente, os pontos f e g do anexo ao artigo L. 132-1. O primeiro se dirige às cláusulas que autorizam “o profissional a pôr fim sem aviso prévio razoável a um contrato de duração indeterminada, salvo no caso de grave motivo.”, enquanto que o segundo se refere àquelas que têm por objeto ou por efeito “prorrogar automaticamente um contrato de duração determinada, na ausência de manifestação contrária do consumidor, quando uma data excessivamente distante do término do contrato tenha sido fixada como data limite para expressar essa vontade de não-prorrogação por parte do consumidor”. Essas duas cláusulas, porém, do mesmo modo que todas as outras enumeradas nesse anexo legislativo, não são formalmente proibidas; elas “podem” somente “ser consideradas como abusivas se cumprirem as condições previstas pelo mencionado artigo L. 132-1.

É, portanto, somente sob esse prisma vago do “desequilíbrio significativo” que convém se interrogar sobre o caráter abusivo ou não das cláusulas de duração ou de prazo nos contratos de consumo, concluindo-se que uma cláusula considerada como abusiva nas relações entre profissionais e consumidores conservaria todo seu valor e sua eficácia nas outras relações contratuais¹³⁴.

¹³² Cass. ass. plen., 6 de junho de 2003: D. 2003, 1905, nota LAGARDE; *Contrats, conc., consom.* 2003, n.º 132, obs. RAYMOND.

¹³³ Cass. 1.ª civ., 9 de março de 1999: *Bull. civ.* I, n.º 85.

¹³⁴ Por exemplo: Cass. com., 23 de novembro de 1999: *Bull. civ.* IV, n.º 210; JCPG 2000, II, 10326, nota CHAZAL; *Contrats, conc., consom.* 2000, n.º 40, obs. LEVENEUR; Cass. 3.ª civ., 28 de outubro de 2003, recurso n.º 02-13580, inédito.

1. As cláusulas de duração

45 - Dentre a variedade de cláusulas relativas à duração do contrato, um certo número delas já foi objeto de denúncia por parte da Comissão de Cláusulas Abusivas¹³⁵. Por certo, as recomendações da comissão, do mesmo modo que o anexo ao artigo L. 132-1, não apresentam um caráter normativo. Exatamente nesse sentido se manifestou a Corte de Cassação¹³⁶, “elas não são geradoras de regras cujo descumprimento leve à possibilidade de cassação”. Tal fato não impede que os juízes possam legitimamente fundamentar sobre elas suas decisões¹³⁷ ou que possam nelas se inspirar. De todo modo, as cláusulas denunciadas pela Comissão se tornam de uma validade incerta e, em caso de litígio, o consumidor tem boas chances de não vê-las aplicadas. Essa chance se encontra hoje reforçada pelo fato de que, em uma decisão de 27 de junho de 2000¹³⁸, a CJCE admitiu que “o juiz nacional possa apreciar de ofício o caráter abusivo de uma cláusula de contrato que a ele foi submetida”...; mesmo, portanto, que o próprio consumidor não saiba apreciar esse meio de defesa.

Dentre o conjunto dessas cláusulas de duração, duas demandam mais especialmente a atenção: aquelas que prevêm uma duração inicial e aquelas que, associadas ou não às primeiras, visam a constituir obstáculo à rescisão do contrato pelo consumidor.

46 - O princípio que consiste, em um contrato de execução sucessiva, em prever uma duração inicial determinada, sem prejuízo de uma eventual recondução, não é em si contestável. Eventualmente, o próprio consumidor reivindicará a duração da relação contratual. É desse modo que, na recomendação n.º 85-03, concernente aos contratos propostos pelos estabelecimentos acolhedores de pessoas idosas¹³⁹, a Comissão de Cláusulas Abusivas pôde preconizar a eliminação das cláusulas que têm por objeto ou por efeito, quando o contrato é de duração determinada, “fixá-la em um nível inferior à duração legal dos aluguéis residenciais” ou “permitir ao profissional não renovar o contrato de duração determinada por outros motivos que não sérios e legítimos”... Existem casos, portanto, nos quais a segurança da duração da relação contratual é favorável ao consumidor. A duração mínima aparece, pois, como uma obrigação para o profissional.

Em regra geral, no entanto, é o inverso que se produz: a duração mínima é estipulada no interesse do profissional. Os exemplos são muitos: contratos de assinatura, de manutenção e, mais frequentemente, os de fornecimento prolongado de bens ou de serviços. Se, em princípio, essa prática não é abusiva, ainda é necessário que essa duração inicial não seja atipicamente extensa. Deve-se julgar contrato por contrato, conforme seu tipo e sua estrutura.

Por exemplo, na recomendação n.º 84-01 sobre os contratos de fornecimento de gás de petróleo liquefeito, a Comissão de Cláusulas Abusivas condenou as cláusulas que têm por

¹³⁵ Recomendação n.º 2001-02 sobre as cláusulas relativas à duração dos contratos concluídos entre profissionais e consumidores: BOCC 23 de maio de 2001.

¹³⁶ Cass. 1.ª civ., 13 de novembro de 1996. *Bull. civ.* I, n.º 399; D. 1997, somm. 174, obs. DELEBECQUE; *RTD civ.* 1997, 791, obs. LIBCHABER.

¹³⁷ Cass., 1.ª civ., 10 de fevereiro de 1998. *Bull. civ.* I, n.º 53; D. 1998, 539, nota MAZEAUD; JCP G 1998, II, 10124, nota PAISANT; *Contrats, conc. consom.* 1998, n.º 70; *RTD civ.* 1998, 674, obs. MESTRE.

¹³⁸ Aff C – 240/98 à C 244/98, *Oceano Res.* I, 4941; JCP G 2001, II, 10513, nota CARBALLO FIDALGO e PAISANT; *RTD civ.* 2001, 878, obs. MESTRE e FAGES; *Petites Affiches* 24 de julho de 2001, p. 25, nota HOURDEAU; *RTD com.* 2001, 291, obs. LUBY.

¹³⁹ BOCC de 9 de novembro de 1985.

objeto ou por efeito “impor uma duração inicial superior a três anos” ou ainda “permitir ao contrato de manutenção (do reservatório) uma duração superior àquela dos contratos de fornecimento de gás”¹⁴⁰. O abuso decorre do fato de que, em razão dessas estipulações, os consumidores são, a rigor, impedidos de pleitearem condições mais vantajosas junto aos profissionais concorrentes ou, ainda, de utilizar outras formas de energia menos onerosas.

Por outro lado, em um contrato de assinatura de telefonia móvel, a duração inicial de um ano não parece em si abusiva, na medida em que ela tem por contrapartida a entrega gratuita ao consumidor, ou mesmo por um preço simbólico, de um aparelho telefônico portátil. Nesse tipo de contrato, o desequilíbrio significativo em detrimento do consumidor se revela quando, de maneira complementar, o contrato prevê que toda rescisão antecipada por sua iniciativa torna imediatamente exigíveis as parcelas de assinatura restantes, salvo quando a ruptura é motivada por circunstâncias taxativamente elencadas. O consumidor é, pois, com efeito, dissuadido de resilir o contrato antes do advento do termo inicial, até mesmo quando ele teria motivos perfeitamente legítimos para fazê-lo¹⁴¹, como, por exemplo, na hipótese de uma transferência profissional para o exterior. É dessa forma que, em sua recomendação n.º 99-02, a Comissão de Cláusulas Abusivas preconizava a supressão das cláusulas que têm por objeto ou por efeito “impor uma duração mínima de doze meses ao contrato, sem permitir ao consumidor a escolha de uma duração diferente e sem prever a possibilidade de uma rescisão antecipada por motivo legítimo”¹⁴². Essa idéia foi retomada pela Comissão, em termos muito próximos, para todos os contratos de consumo, na recomendação n.º 2001-02¹⁴³.

47 - Independentemente de qualquer duração inicial mínima, certos contratos propostos aos consumidores tendem a obstaculizar a faculdade de rescisão, mesmo quando ela se fundamenta sobre a culpa do profissional. Tenha sido o contrato concluído com duração determinada ou indeterminada, essas estipulações podem ser consideradas como abusivas, uma vez que a manutenção da relação contratual, nessas condições, não permite ao consumidor obter a contraprestação legítima do pagamento ao qual ele se obrigara e tampouco de encontrar satisfação junto a outro profissional. Esse tipo de cláusula já foi denunciado pela Comissão de Cláusulas Abusivas¹⁴⁴ e anulado repetidas vezes pelos juízes¹⁴⁵.

¹⁴⁰ BOCC 20 de novembro de 1984; comp. Versalhes, 3º ch., 5 de maio de 2005, julgado n.º 265, que recusou a considerar esse tipo de cláusula como abusiva, quando a duração do contrato resulta de condições particulares, as quais comportam a esse fim uma cláusula deixada em branco, porque ela somente estabelece “o princípio de uma livre negociação”. www.clauses-abusives.fr/juris.

¹⁴¹ Versalhes, 4 de fevereiro de 2004; D. 2004, 635.

¹⁴² BOCC 27 de setembro de 1999.

¹⁴³ Recomendação n.º 2001-02 préc.; no mesmo sentido, Cass. 1º civ., 29 de outubro de 2002: Bull. civ. I, n.º 254; RTD civ. 2003, 90, obs. MESTRE e FAGES a propósito de um contrato de tele-vigilância; 26 de outubro de 2004, recurso n.º 02-16636, inédito, igualmente a propósito de uma tele-vigilância.

¹⁴⁴ V. Recomendação 2001-02, préc.

¹⁴⁵ Por exemplo: Cass. 1º civ., 28 de abril de 1987: Bull. civ. I, n.º 134; D. 1998, 1, nota DELEBECQUE; D. 1987, somm. 455, obs. AUBERT; JCP G 1987, II, 20893, nota PAISANT.

2. As cláusulas de prazos

48 - Sabemos que, nas relações de consumo, as cláusulas de prazo indicativo para a entrega da coisa ou para a execução da prestação de serviços pelo profissional são de agora em diante ilícitas em virtude do Código de Consumidor¹⁴⁶. A Corte de Cassação tinha anteriormente julgado-as abusivas¹⁴⁷. Existem, todavia, muitas outras cláusulas relativas aos prazos.

Pensamos inicialmente naquelas que, na ausência de prescrições legais ou a fim de reforçar as obrigações em detrimento dos consumidores, obriga estes últimos a cumprirem certos atos dentro de um prazo determinado, sob pena de serem privados de um direito.

49 - Nesse ponto, ainda, os trabalhos da Comissão de Cláusulas Abusivas oferecem preciosas indicações sobre as estipulações que os profissionais são incitados a eliminar de seus contratos. Ela pôde, dessa forma, denunciar, de maneira geral, as cláusulas que têm por objeto ou por efeito “impor um prazo de prescrição para ingressar em juízo ou reduzir o prazo fixado por lei”¹⁴⁸. Para o caso de diversos contratos, a Comissão também afastou as cláusulas que “fixam prazos demasiadamente breves para reclamações”, as quais pode o consumidor ser levado a fazer¹⁴⁹, por exemplo, quando da expiração de um contrato, a fim de requerer um reembolso¹⁵⁰. Nessa mesma linha de entendimento, são regularmente denunciadas as cláusulas que impõem prazos demasiadamente curtos ao consumidor para efetuar a declaração de sinistro¹⁵¹.

50 - Frequentemente contestadas são ainda as cláusulas que, na previsão de resilição de um contrato, estabelecem prazos de aviso prévio que, ou permitem ao profissional de se exonerarem com um mínimo de obrigações¹⁵², ou, de forma mais ampla, por sua extensão, são de natureza a tornar o consumidor prisioneiro do contrato, uma vez que, por exemplo, este não estará em condições de pôr fim a uma cláusula de recondução tácita.

Ainda que se preocupe dessa questão das reconduções tácitas, a lei de 28 de janeiro de 2005 não traz verdadeiramente uma solução a esse problema preciso. Se, com efeito, o novo artigo L. 136-1 do Código do Consumidor obriga o profissional a informar ao consumidor acerca da possibilidade que lhe é dada de evitar a renovação do contrato, no mínimo três meses antes da data limite contratualmente estipulada¹⁵³, essa disposição não leva em

¹⁴⁶ Supra, n.º 40.

¹⁴⁷ Cass. 1.ª civ., 16 de julho de 1987: *Bull. civ.* I, n.º 226; D. 1988, 49, nota CALAIS-AULOY; JCP G 1988, II, 21001, nota PAISANT.

¹⁴⁸ Recomendação n.º 79-02 sobre as cláusulas concernentes aos recursos na Justiça: *BOCP* 24 de fevereiro de 1979.

¹⁴⁹ Recomendação n.º 94-04 concernente aos contratos de locação sazonal: *BOCC* 27 de outubro de 1994; no mesmo sentido, recomendação n.º 94-03 sobre os contratos de estágio linguístico: *BOCC* 27 de setembro de 1994.

¹⁵⁰ Recomendação n.º 02-01 relativa aos contratos de vendas de catálogos em matéria imobiliária: *BOCC* 26 de fevereiro de 2002, comp. Cass. 1.ª civ., 1.º de fevereiro de 2005: *Bull. civ.* I, n.º 61, que recusou a considerar como abusiva a cláusula de um contrato de depósito-venda que fixava em quinze dias após a resilição do contrato o prazo a partir do qual o profissional podia se liberar de sua obrigação de restituição em relação ao consumidor depositante.

¹⁵¹ Recomendação n.º 85-04 sobre os contratos de seguro destinados a cobrir diversos riscos da vida privada: *BOCC* 6 de dezembro de 1985; no mesmo sentido, recomendações n.º 89-01: *BOCC* 14 de julho de 1989, 96-02: *BOCC* 3 de setembro de 1996; 97-01: *BOCC* 11 de junho de 1997; 02-03: *BOCC* 30 de maio de 2002.

¹⁵² Cfr. recomendação n.º 85-03 concernente aos contratos propostos pelos estabelecimentos acolhedores de pessoas idosas que, por exemplo, denuncia as cláusulas que permitem ao profissional “resilir um contrato de duração indeterminada por outros motivos que não sérios e legítimos”; *adda* pela condenação de uma cláusula que permite a um profissional, em um contrato de fornecimento de acesso à Internet, de resili-lo unilateralmente “a qualquer momento”, sem motivo preciso: Versalhes, 1.ª ch., 15 de setembro de 2005, www.clauses-abusives.fr/juris.

¹⁵³ *Infra*, n.º 35 e s.

consideração as dificuldades surgidas em razão de que, às vezes, a extensão do prazo de aviso prévio imposta ao consumidor não lhe permite decidir no dia em questão de maneira apropriada sobre a pertinência da continuação ou não do contrato. É por isso que o anexo do artigo L.132-1¹⁵⁴, da mesma forma que as proposições da Comissão de Cláusulas Abusivas relativas às cláusulas que têm por objeto ou por efeito “constranger o consumidor, para evitar a prorrogação ou a recondução tácita de um contrato de duração determinada, a notificar sua intenção ao profissional em uma data excessivamente afastada do advento do termo”¹⁵⁵ nada perderam em termos de atualidade.

Notemos, ainda, que, de uma maneira geral, nos contratos de duração indeterminada, a Comissão recomenda que o prazo de aviso prévio anterior à rescisão não seja mais extenso ao consumidor do que para o profissional¹⁵⁶.

51. – Por fim, as cláusulas de consentimento implícito são algumas vezes estipuladas ao encontro do consumidor, que terá deixado correr um certo prazo sem manifestar oposição a uma informação ou uma proposição recebida pelo profissional. De maneira geral¹⁵⁷ ou especial¹⁵⁸, elas são igualmente denunciadas pela Comissão de Cláusulas Abusivas.

De toda forma, de modo bastante surpreendente, a solução contrária prevalece nas relações bancárias, ainda que os bancos se encontrem em uma situação de evidente superioridade econômica e técnica em relação a sua clientela de consumidores. Dessa maneira, é admitido na jurisprudência que o silêncio do cliente, mesmo do não-comerciante, represente a aprovação da prestação de contas que lhe foi dirigida¹⁵⁹; a própria lei¹⁶⁰ dispõe que “na ausência de contestação pelo cliente dentro do prazo de dois meses”, após a comunicação do projeto de modificação das condições tarifárias do banco, “é presumida a aceitação da nova tarifa”.

Talvez seja o mais correto, porque essa situação é a tal ponto atípica que foi necessária uma lei particular para admiti-la em proveito dos bancos...

52 - “Os dias são talvez iguais para os relógios, porém não para os homens”. A fórmula de Marcel Proust¹⁶¹ poderia também servir para ilustrar as relações contratuais entre profissionais e consumidores. O tempo não apresenta o mesmo valor jurídico para uns do que para os outros.

Essa desigualdade no que concerne ao tempo, contudo, sem qualquer paradoxo, é destinada somente a restabelecer uma igualdade concreta¹⁶² em relações estruturalmente desequilibradas. Uma desigualdade de direito para uma igualdade de fato. A problemática não é nova e ultrapassa amplamente os limites do direito do consumidor: aqui como em outros lugares, ela é fortemente impregnada pela relatividade, uma relatividade que muito convém ao tempo.

¹⁵⁴ *Infra*, n.º 44.

¹⁵⁵ Recomendação n.º 2001-02 sobre as cláusulas relativas à duração dos contratos concluídos entre profissionais e consumidores: *BOCC* 23 de maio de 2001.

¹⁵⁶ Recomendação *prec.*

¹⁵⁷ Recomendação n.º 94-01 concenente às cláusulas chamadas de consentimento implícito: *BOCC* 27 de setembro de 1994.

¹⁵⁸ Recomendações n.º 85-02 concenente aos contratos de compra de veículos automóveis de turismo: *BOCC* 4 de setembro de 1985 e 99-02 relativa aos contratos de rádio telefones portáteis: *BOCC* 27 de setembro de 1999.

¹⁵⁹ *Cass. com.*, 17 de março de 1981: *Bull. civ.* IV, n.º 112. – 10 de maio de 1994: *Bull. civ.* IV, n.º 170.

¹⁶⁰ Código Monetário, art. L. 312-1-1, e decisão de 8 de março de 2005, art. 2, 7º, *JO* 16 de março de 2005, p. 4494.

¹⁶¹ Crônicas, *Vacances de Pâques*, *Le Figaro*, 25 de março de 1913.

¹⁶² O. LITTY, *op. cit.*

A GARANTIA DE CONFORMIDADE: VARIAÇÕES FRANCESAS QUANTO À PRESERVAÇÃO DAS PARTICULARIDADES NACIONAIS E À INTEGRAÇÃO COMUNITÁRIA^{*1}

Sébastien Pimont^{}**

RESUMO

Com atraso e após um vivo debate, o regulamento de 17 de fevereiro de 2005, relativo à “garantia de conformidade devida pelo vendedor ao consumidor”, transpõe na França a diretiva de 25 de maio de 1999 sobre a venda e as garantias dos bens de consumo. Ela cria um novo efeito para a venda no Código de Consumo em favor apenas do consumidor: a garantia de conformidade, que se sobrepõe às ações já existentes no Direito Civil. Tal solução apresenta vantagens, como a da preservação da fisionomia civilista dos efeitos da venda (a distinção entre a garantia dos vícios ocultos e a obrigação de entrega conforme). Mas ela gera também incertezas e, além disso, inconvenientes. Enquanto a natureza da nova garantia de conformidade mal se distingue da dos vícios ocultos, sua relevância é equívoca — assegura ela, de fato, uma melhor proteção aos consumidores?

Com três anos de atraso no calendário comunitário,² o regulamento n.º 2005-136, de 17 de fevereiro de 2005, relativo à “garantia de conformidade devida pelo vendedor ao consumidor”, transpõe, na França, a diretiva de 25 de maio de 1999 sobre certos aspectos da venda e das garantias dos bens de consumo.³ Ele introduz no Código de Consumo (artigo L.211-1 e seguintes) um novo efeito da venda, a “garantia de conformidade”,⁴ que se sobrepõe às ações do âmbito civil de que já dispõem todos os adquirentes.⁵

* Artigo originalmente publicado na RTD Com. 2006 p. 261 e seg., França. Tradução livre e autorizada de Felipe Rocha dos Santos (Bolsista UNIBRAL-CAPES, Giessen-UFRGS) e primeira revisão de Marcelo Boff Lorenzen (Bolsista UNIBRAL-CAPES, Giessen-UFRGS), revisão final da Prof.ª Dr.ª Claudia Lima Marques, UFRGS, todos do Grupo de Pesquisa CNPq “Mercosul e Direito do Consumidor”.

¹ O presente estudo foi concebido a partir de uma intervenção no colóquio *Le droit contemporain – des particularités nationales aux défis de l'intégration* (“O direito contemporâneo – particularidades nacionais frente aos desafios da integração”), organizado em 13 e 14 de maio de 2005 pela Faculdade de Direito da Universidade Babes-Bolyai em Cluj-Napoca, Romênia.

^{**} Mestre de Conferências na Faculdade de Direito de Chambéry, Universidade de Savoie. Membro do Centro de Direito Público e Privado, das Obrigações e do Consumo.

² O artigo 11 (1) da diretiva dispõe que “os Estados membros conferem vigência às disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para se conformarem à presente diretiva ao mais tardar em 1º de janeiro de 2002”. Tal atraso justificou uma condenação da França pela Corte de Justiça das Comunidades Europeias: CJCE, 1º de julho de 2004, aff. C-311/03, *Commission v. France*, D. 2005, Pan. p. 614, com. de C. Nourissat; RTDciv. 2005, p. 345, com. de P. Remy-Corday.

³ JOCE, n.º L 171 de 7 de julho de 1999, pp. 12-16. Vide *La directive communautaire sur la vente, commentaire, sous la direction de M. -C. Biancau*, S. Grundmann e S. Stijns, LGDJ e Bruylant, 2004.

⁴ Além disso, ele regulamenta o que denomina “garantia comercial” e reforma o “breve prazo” do artigo 1648 do Código Civil.

⁵ Vide P. le Tourneau, *Le contrat de vente*, Dalloz, 2005, sobretudo pp. 128-134; *Responsabilités des vendeurs et des fabricants*, Dalloz référence, 2ª ed., Dalloz, 2006, n.º 52280 e s.; P. Brun, *De quelques enseignements à tirer de la transposition de la directive CE du 25 mai 1999*, RDC 2005/3, pp. 940 e s.; J. Calais-Auloy, *Une nouvelle garantie pour l'acheteur: la garantie de conformité*, RTDciv. 2005, pp. 701 e s.; F. Collart-Dutilleul, *Sur quelques inconvénients du nouveau régime de la garantie de conformité dans la vente de meubles corporels aux*

Para os juristas franceses, tal garantia reflete *a priori* uma concepção insólita dos remédios oferecidos ao adquirente decepcionado com a coisa. Na verdade, ela se aplica indistintamente a todos os casos de não-conformidade da coisa ao contrato, segundo o artigo 2 da diretiva europeia e o artigo 35 da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (C.V.I.M.).⁶

Não obstante, o Direito Civil francês distingue os recursos que assistem ao comprador de acordo com a causa da ausência de conformidade:⁷ uma não-conformidade às especificações contratuais (*aliud*) corresponde à inexecução da obrigação de entrega conforme, enquanto a não-conformidade da coisa à sua utilidade normal (*pejus*) cobre-se pela garantia relativa aos vícios ocultos. Tal dualidade acarreta a aplicação de regimes distintos (especialmente no que se refere a prazos), de sorte a constituir um “dualismo” dos efeitos do contrato, em oposição ao “monismo” da diretiva.

Em razão de tais disparidades, a transposição da diretiva provocou incertezas. A escolha do corpo de texto a acolhê-la era particularmente problemática: o Código Civil e o Código de Consumo concorriam, ambos tendo, em diversos títulos, vocação a recepcionar as disposições contidas na diretiva. Em um dado momento, o governo francês aparentou inclinar-se à via mais ambiciosa: uma reforma do Código Civil, reescrevendo-se algumas de suas disposições (artigo 1641 e seguintes) aos moldes da diretiva. Para tanto, nomeou-se uma comissão, que, em um anteprojeto de lei de transposição, organizou a fusão de duas ações do Código Civil (a garantia dos vícios ocultos e a obrigação de entrega conforme) em uma só (a garantia de conformidade).⁸ Contudo, a pressão de certos agentes econômicos e sociais⁹ fez com que vencesse a idéia de internalizar a diretiva através do Código de Consumo – na chamada transposição “*a minima*”: assim determinou o regulamento de 17 de fevereiro de 2005. Consequentemente, a economia do sistema francês assimilou um acréscimo de ações em favor do consumidor, o qual não deixou de dispor daquelas previstas a qualquer adquirente no Código Civil: além da garantia dos vícios e da obrigação de entrega conforme, passou-se a contar com a nova garantia de conformidade integrada ao Código de Consumo.

consommateurs, RDC 2005/3, pp. 921 e s.; P.-Y. Gautier, *Retour aux sources : le droit spécial de la garantie de conformité emprunté aux éditels curules*, RDC 2005/3, pp. 925 e s.; A.-M. Leroyer, *Conformité des biens - Transposition de la directive n° 99/44*, RTDciv. 2005, pp. 483 e s.; D. Mainguy, *L'ordonnance du 17 février 2005 sur la garantie de conformité : aux regrets s'ajoutent les regrets*, RDC 2005/3, pp. 947 e s.; *Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur*, JCP E 2005, *orén.* p. 630; G. Paisant, *La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur la garantie dans la vente de bien de consommation*, JCP 2005, I, 1167; *Contrats, conc., consom.* 2005, n.º 8-9, pp. 7 e s.; P. Remy-Corlay, *La transposition de la directive n° 99/44 CE dans le code de la consommation*, RTDciv. 2005, pp. 345 e s.; Y.-M. Seninet, *La directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans les ventes de biens de consommation : transposer n'est pas oser*, RDC 2005/3, pp. 955 e s.; O. Tournafond, *La nouvelle garantie de conformité des consommateurs*, D. 2005, *orén.* p. 1557; *Quelques observations sur la garantie de conformité issue de l'ordonnance du 17 février 2005 (art. L. 211-1 et s. c. consom.)*, RDC 2005/3, pp. 933 e s.

⁶ De 6 de abril de 1980.

⁷ Vide, sobretudo, 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação, 5 de maio de 1993, D. 1993, *Jur.* p. 506, nota de A. Bénabent e Somn. p. 242, com. de O. Tournafond; JCP E 1994, II, 526, nota de L. Leveneur. Vide, em complementação, A. Bénabent, *Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie*, D. 1994, *orén.* p. 115.

⁸ Em 13 de outubro de 2000, o Ministério da Justiça criou um “grupo de trabalho encarregado de refletir sobre as modalidades de integração ao Direito Francês da diretiva de 25 de maio de 1999”. Esse grupo, composto de universitários, presidido pela Prof.ª G. Viney, forneceu um informe em que figurava um anteprojeto de lei de transposição da diretiva n.º 99-44 sobre certos aspectos da venda e das garantias de bens de consumo, RJ com. 2003, pp. 393 e s.

⁹ Vide, p. ex., C. de Saint-Didier, *La directive n° 99/44 CE du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. L'impact pour les professionnels, in Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Universidade de Santiago de Compostela, “*courses et congrès*”, n.º 149, 2004, pp. 277 e s.

Na França, essa transposição deu ensejo a uma forte controvérsia doutrinária.¹⁰ Prescindindo-se aqui de uma repetição dos argumentos de quem militava por uma transposição ampla e, correlativamente, por uma modificação do Código Civil,¹¹ e de quem se dedicava a defender uma transposição *a minima*,¹² pode-se, parece-nos, concluir que o debate não era isento de pressupostos culturais. Um dos interesses de uma transposição *a minima* reside na preservação da atual fisionomia dos efeitos da venda,¹³ a qual distingue garantia de vícios ocultos e obrigação de entrega conforme.¹⁴ Às vésperas de seu bicentenário, o Código Civil fascina, e é fácil deixar-se convencer de que existe um modelo francês de efeitos da venda, um modelo que não se reduz à concepção comunitária, leia-se, internacional: a dualidade dos efeitos da venda do sistema francês no Código Civil não comporta o monismo comunitário, que acaba por escoar no Código de Consumo.¹⁵ Assim, tal defesa das “*instituições do Código Civil*” somente se fez possível em razão da existência, na França, de um Código de Consumo, espécie de receptáculo natural do Direito Europeu do Consumidor: recusar-se a transpor a diretiva em seu seio implicaria negar-lhe utilidade.

Enfim, a polémica é de tal modo acalorada que vem prolongar uma antiga disputa. Influenciada por certos autores,¹⁶ a *Cour de Cassation* já havia tentado unificar os efeitos da venda.¹⁷ Com esse intuito, concebeu, durante a década de 1980, uma ampla obrigação de entrega conforme, englobando os vícios ocultos: era um modelo de efeito único da venda, baseado no Direito Internacional da Compra e Venda.¹⁸ A fusão assim operada permitia que se evitasse o curto prazo da garantia dos defeitos ocultos (artigo 1648) no trato das questões de conformidade,¹⁹ e, sobretudo, de segurança.²⁰ Tendo em vista que certos autores publicaram reservas,²¹ a jurisprudência abandonou essa posição e preferiu retomar a dualidade dos efeitos da venda.²²

¹⁰ Vide, sobretudo, *Les actes du colloque organisé par l'Université de Paris I le 8 novembre 2002, La transposition en droit français de la directive européenne du 25 mai 1999 relative à la vente*, JCP E, Cahiers de droit de l'entreprise, 2003, n.º 1.

¹¹ Vide, sobretudo, G. Viney, *Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente*, JCP 2002, I, p. 158; *Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999*, D. 2002, *crôn.* p. 3162; P. Jourdain, *Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999: ne pas manquer une occasion de progrès*, D. 2003, p. 4; D. Mazeaud, *La parole est à la défense*, D. 2003, p. 6.

¹² Vide, sobretudo, G. Paisant e L. Leveneur, *Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation ?*, JCP 2002, I, p. 135; O. Tournafond, *De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil*, D. 2002, *crôn.*, p. 2883; *Transposition de la directive de 1999 sur la garantie des consommateurs - article de foi ou réalisme législatif ?*, D. 2003, *crôn.* p. 427.

¹³ Vide P. Malinvaud, *Problèmes de transposition de la directive en droit français*, in *La directive communautaire sur la vente*, *op. cit.*, n.º 133, p. 94.

¹⁴ Trata-se de “conceitos clássicos sobre os quais nosso Direito positivo se constrói” ou de uma “diferença conceitual bastante real”, a partir da qual “se estruturou nosso Direito positivo”, O. Tournafond, *De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil*, *op. cit.*, sobretudo p. 2884.

¹⁵ Vide, a título de comparação, A. Ghozi, *La conformité*, in *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?* Org. D. Fenouillet e F. Labarthe, Economica, coleção *Etudes juridiques*, t. XV, 2002, p. 103, sobretudo p. 105.

¹⁶ Vide, sobretudo, M. Alter, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, Tese, LGDJ, 1972; P. le Tourneau, *Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels*, RTDcom. 1980, pp. 231 e s.; *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2004/2005, n.º 5995 e s., sobretudo n.º 5999.

¹⁷ Vide, p. ex., 1.ª Câmara Cível da Corte de Cassação, 20 de março de 1989, *Bull. civ.* I, n.º 140: “a obrigação de entrega não consiste somente em entregar o que se convencionou, mas em pôr à disposição do adquirente uma coisa que corresponde em todos os aspectos ao fim por ele perseguido”.

¹⁸ Combinadas, a C.V.I.M. (artigo 35 e s.) e a Convenção de Haia de 1.º de julho de 1964, relativa à Lei Uniforme sobre a venda internacional de bens móveis corpóreos (artigo 33 e s.). Também se pode enxergar aí uma forma de restaurar a unidade da ação *ex empto romaniste*.

¹⁹ Vide P. le Tourneau, *Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels*, *op. cit.*, sobretudo n.º 118 e s., pp. 217 e s.

²⁰ Vide P. Coëffard, *Garantie des vices cachés et « responsabilité contractuelle de droit commun »*, Tese, Org. P. Remy, LGDJ, coleção *Faculdade de Direito de Poitiers*, 2005.

²¹ O. Tournafond, *Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente*, D. 1989, *crôn.*, p. 237.

²² Vide 1.ª Câmara Cível da Corte de Cassação, 5 de maio de 1993, *cit.*

A transposição *a minima* contribui, assim, para a preservação de uma particularidade jurídica; não obstante, consiste em uma oportunidade perdida.²³ Há cerca de quarenta anos, o Direito Francês da Compra e Venda vem-se tornando complexo: o empilhamento de textos especiais e o acúmulo de decisões denotam um regime sobrecarregado. E a referida confusão suscita logicamente numerosos questionamentos: a distinção entre a garantia de vícios e a obrigação de entrega conforme vê-se longe de ser clara, e o mesmo vale para aquela entre os vícios ocultos e o erro sobre a substância.²⁴ Enfim, a natureza e a função dos danos e interesses advindos da inconformidade da coisa permanecem um tanto enigmáticas. Em que pese um esclarecimento legislativo ambicioso fosse de se esperar, isso nunca ocorreu: ao contrário, em cada um desses pontos, ao adicionar uma ação suplementar, a transposição parece ter anuviado um pouco mais as soluções.²⁵

Além disso, novas incertezas sempre surgirão, todas fundadas sobre a multiplicação das ações (três para o consumidor – duas civis e uma consumerista) que, quando da execução do contrato, tendem a satisfazer o mesmo objetivo – assegurar ao adquirente que o bem será conforme às suas expectativas. Tal profusão de ações é ainda mais inconveniente ao serem elas postas em concorrência. Conforme o artigo L.211-13 do Código de Consumo, o consumidor poderá escolher a ação que lhe pareça a mais apropriada; e, para não ter de escolher, poderá até mesmo cumulá-las.²⁶ Logo, o risco de confusão entre os diferentes efeitos da venda será grande,²⁷ ameaçando a clareza do Direito francês;²⁸ e pode-se, ao final, questionar se o interesse do consumidor é, de fato, atendido por um tal empilhamento de ações.

No fundo, a criação de um efeito da venda em favor apenas do consumidor – a garantia de conformidade –, acrescentando-se às ações do Código Civil, talvez não passe de uma falsa boa idéia. Pensando proteger, de uma só vez, a integridade do Código Civil e o interesse dos consumidores, o legislador provavelmente não percebeu que, embora estivesse, de um lado, sacramentando uma interpretação jurisprudencial do Código Civil – a distinção da garantia dos vícios ocultos e da obrigação de entrega conforme – de outro, não necessariamente atendia ao interesse do consumidor ao aumentar o número de recursos (de dois para três) de que dispõe.

A “*garantia de conformidade*” é um novo efeito da venda, cuja natureza deve ser precisada (seria autônoma frente às ações civis existentes?) (I) antes que sua relevância possa ser determinada (sua criação oportuniza uma melhor proteção aos consumidores?) (II).

²³ Nesse sentido, vide B. Fages, *Projet de loi de transposition de la directive 99/44 CE du 25 mai 1999, au retard s'ajoute le regret*, Revue Lamy Droit civil, n.º 9, outubro de 2005, pp. 5 e s.

²⁴ Vide, sobretudo, D. Tallon, *Erreur sur la substance et garantie des vices dans la vente mobilière, Etude comparée des droits Français et Anglais, in Dix ans de conférences d'agrégation, Etudes de droit commercial offertes à J. Hamel*, Dalloz, 1961, pp. 437 e s.; Y.-M. Serinet, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, Tese, Paris I, 1996 – a questão não é, no entanto, inédita; Vide L. Saignat e G. Baudry-Lacantinerie, *Traité théorique et pratique de droit civil. De la vente et de l'échange*, Laroze, 1900, n.º 414; R. Demogue, *Traité des obligations en général, sources des obligations*, t. I, Rousseau, 1923, n.º 270; R. Saleilles, *Etude sur la théorie générale de l'obligation*, 3ª ed., 1925, n.º 212 e s.; J. Hamel, Planiol e Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, contrats civils, première partie, 2ª ed., 1956, n.º 126 *in fine*.

²⁵ Vide P. le Tourneau, *Responsabilités des vendeurs et fabricants*, *op. cit.*, n.º 52283.

²⁶ Vide F. Collart-Dutilleul, RDC 2005/3, *op. cit.*, p. 923: “o adquirente fará pleno uso dessa possibilidade de escolha, mesmo em demandas hierarquizadas, com uma principal e outra subsidiária”.

²⁷ Nesse sentido, vide C. Rondey, *Garantie de la conformité d'un bien au contrat: la directive du 25 mai 1999 enfin transposée*, D. 2005, *crôn.*, pp. 562 e s.

²⁸ Vide J. Ghestin, *Le Code civil en France aujourd'hui*, RDC 2004/4, pp. 1152 e s., sobretudo n.º 7 e s., p. 1158.

I - Natureza

Não se pode evitar a conclusão de que existe hoje uma ação a mais no ordenamento jurídico francês. E a análise jurídica não desmente tal impressão. De fato, a garantia (consumerista) de conformidade apresenta um grande número de pontos comuns com a garantia (civilista) de defeitos ocultos. Destarte, seus domínios *rationae materiae* (defeitos abrangidos) e *rationae personae* (os contratantes protegidos) são diferentes. Mas ambas as ações asseguram, igualmente, ao adquirente que ele receba aquilo pelo que pagou: trata-se, tecnicamente falando, de duas garantias jurídicas do interesse econômico do acordo, isto é, formas de segurança contra os riscos ocultos de não-conformidade. Essa identidade funcional não é, contudo, obra do acaso: ela advém de uma filiação romanista comum.²⁹

A garantia de conformidade é, *a priori*, um efeito original da venda e apresenta, portanto, numerosas semelhanças com a garantia dos defeitos ocultos.

A - Assim como o artigo 35 da C.V.I.M. e o artigo 2 da diretiva de 25 de maio de 1999, o artigo L. 211-5 do Código de Consumo define a garantia de conformidade através de um ponto-de-vista duplo. O vendedor deve assegurar ao adquirente que o bem será “*adequado ao uso habitualmente esperado de um bem semelhante*” e, ao mesmo tempo, apresentará “*as características definidas de comum acordo entre as partes*”, mostrando-se adequado “*a todo uso especial*” incluído no âmbito do acordo. Trata-se de duas hipóteses de não-conformidade para as quais o Direito Civil francês já designava duas ações distintas – respectivamente, a garantia dos vícios ocultos e a inexecução da obrigação de entrega conforme.

Além disso, conforme o artigo L. 211-4 do Código de Consumo, o vendedor responde também, em certas condições, por “*defeitos de conformidade resultantes da embalagem, de instruções de montagem ou de instalação*”.³⁰ Assim, enquanto o Direito Civil distingue diferentes ações conforme as causas de não-conformidade da coisa às expectativas do adquirente, o Direito do Consumidor não o faz – é uma marca de sua inspiração internacional e europeia, e é também o testemunho de uma certa compreensão dos efeitos do contrato. Nessa concepção, a “*lei*” (artigo 1134 do Código Civil), a “*economia*” ou a estrutura do contrato são desenhadas pelo legislador em contemplação das expectativas legítimas do adquirente.³¹ Visto que estas conduzem a uma utilidade econômica única (o que quer o adquirente é a conformidade da coisa), o contrato produz logicamente um único efeito (a garantia) que permite sua satisfação: “*um interesse = um efeito do contrato = uma ação*”.³² Por consiguiente, o aspecto objetivo (e abstrato) do vício oculto e o aspecto objetivo (e concreto) da inconformidade civil são aqui duas faces de uma mesma realidade: o conteúdo do comprometimento do vendedor. Assim, de acordo com os princípios do Código (artigo 1135), aquele não se obriga somente aquilo

²⁹ Vide P.-Y. Gautier, *Retour aux sources : le droit spécial de la garantie de conformité emprunté aux éditels curules*, RDC 2005/3, pp. 925 e s.

³⁰ Sobre a análise dos elementos da conformidade, vide P. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n.º 5995; *Responsabilités des vendeurs...*, op. cit., n.º 52921 (sobre a garantia de conformidade).

³¹ Vide, mais especificamente, J. Carbonnier, *Introduction*, in *L'évolution contemporaine du droit des contrats*, Journée René Savatier, Poitiers, 24-25 de outubro de 1985, PUF, publicação da Faculdade de Direito e Ciências Sociais de Poitiers, t. XV, 1986, pp. 29 e s., sobretudo pp. 34 e 35.

³² Vide C. Atias, *L'équilibre renaissant de la vente*, D. 1993, *crôn.*, p. 1; *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, PUAM, 2001, p. 46: “o contrato não se reduz a uma soma de obrigações distintas e dissociáveis. São um conjunto coeso”.

a que se dispõe expressamente no contrato (conformidade às estipulações), mas também a todas as conseqüências que a natureza do contrato impõe (conformidade à utilidade normal): o conjunto desses elementos (explícitos e implícitos) compõe, logicamente, o conteúdo do contrato. Em outras palavras, retalhada sob as exigências das expectativas do adquirente, a garantia de conformidade engloba, logicamente, elementos aos quais o Direito Civil francês confere diversas traduções.

B - Sub-intitulado “a garantia legal de conformidade”, o artigo L. 211-4 do Código de Consumo dispõe que “o vendedor deve entregar um bem conforme ao contrato e responde pelos defeitos de conformidade existentes quando da entrega”. Tal texto é um eco consumerista do Código Civil, segundo o qual o vendedor “tem duas obrigações principais, a de entregar e a de garantir a coisa que vende” (art. 1603). A primeira parte do artigo L. 211-4 envolve, mais detidamente, a obrigação de entregar (“*livrer*”):³³ quanto ao fato de “responder pelos defeitos de conformidade existentes quando da entrega”, ele materializa o objeto da “nova” garantia. A aproximação desses dois efeitos da venda – entregar e garantir – recomenda-se, há muito tempo, pela natureza do contrato de compra e venda. De fato, no Direito Civil, a garantia “é uma conseqüência” natural da obrigação “que o vendedor contrata, de fazer com que o adquirente obtenha a coisa vendida”.³⁴ Ela permite desenhar com precisão a extensão do comprometimento do vendedor.³⁵ Do mesmo modo, conforme os artigos L. 211-4 e seguintes do Código de Consumo, a noção de conformidade compõe a matéria da nova garantia, dá corpo à promessa do vendedor e representa correlativamente o interesse do contrato para o adquirente.³⁶

Assim, a garantia do Código Civil e a do Código de Consumo são dois efeitos típicos ou naturais da venda.³⁷ Elas compartilham uma função comum: completar, em favor do adquirente, a obrigação de “entregar”, que forma o objeto ou a essência do contrato. Para tanto, ambas procedem à alocação dos riscos econômicos ligados à presença de defeitos ocultos:³⁸ como a coisa deve ser útil ao adquirente, cabe ao vendedor suportá-los.³⁹

Enquanto sua função é próxima, uma das diferenças entre a garantia de conformidade e a garantia dos vícios ocultos remete-se aos tipos de defeitos cobertos:⁴⁰ não se poderiam

³³ Como o artigo 2.1. da diretiva de 1999, o regulamento não emprega o termo “*délivrer*”, contudo, em Direito Civil, “*livraison*” não é o mesmo que “*délivrance*”; sobre essa distinção, vide A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Domat, coleção “*droit privé*”, Montchrestien, 5ª ed., 2001, n.º 183.

³⁴ Pothier, *Traité du contrat de vente*, t. I, Debure l’aîné, Paris, 1781, n.º 202; o fato de considerar a garantia como conseqüência natural da venda, no entanto, não foi sempre admitido; vide G. May, *Eléments de droit romain*, 11ª ed., Sirey, 1913, n.º 150 e n.º 152.

³⁵ Vide Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l’ordre des articles du Code*, *De la vente*, t. II, 5ª ed., Paris; Ch. Hingray, 1856, n.º 544, que descreve os efeitos da venda (entregar e garantir) como um aprimoramento da ação romanista única *ex empto*; vide também Guillaouard, *Traité de la vente et de l’échange*, t. I, 2ª ed., Paris, Pedonne, 1890, n.º 294 e n.º 415, que refere a garantia e a “*entrega continuada*”.

³⁶ Sobre as relações entre a noção de conformidade e a de objeto, vide A. Ghzio, *La conformité*, *op. cit.*

³⁷ São coisas naturais, no sentido de Pothier, *Traité des obligations*, t. I, Debure l’aîné, Paris, 1774, n.º 7, “*coisas que fazem parte do contrato, independentemente de haverem as partes expressamente as disposto, sendo da natureza do contrato que tais coisas por este sejam encerradas e subentendidas*”, Guillaouard, *op. cit.*, n.º 296.

³⁸ Nesse ponto, tratando-se da garantia de vícios ocultos, vide P. Coëffard, *Garantie des vices cachés et responsabilité contractuelle de droit commun*, Tese, *op. cit.*, n.º 34 e s.; vide, em complementação, R. Saleilles, *op. cit.*, n.º 213 e s.

³⁹ Vide o que diz Troplong acerca do objeto da garantia dos vícios ocultos, *op. cit.*, *ead. loc.*: “*a boa-fé exigia, então, que o vendedor garantisse tais qualidades essenciais*” (as qualidades que tornam a coisa própria ao fim a que o adquirente se propôs) “*sem as quais o objeto adquirido, no mais das vezes, não passa de uma coisa sem valor*”.

⁴⁰ Vide, em complementação, J. Calais-Auloy, *De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité*, in *Mélanges Christian Mouly*, t. II, Litec, 1998, pp. 61 e s., sobretudo pp. 69 e s.

invocar, afirma a *Cour de Cassation*, os artigos 1641 e seguintes quando a coisa não estiver conforme às estipulações contratuais;⁴¹ nesse caso, é uma inexecução da obrigação de entrega que se deve sancionar.⁴² Contudo, tal distinção entre as “*garantias*” dos defeitos ocultos e de inconformidade deve ser atenuada.⁴³

Segundo Domat e Pothier, inspiradores do Código, a garantia sanciona tanto os defeitos “*que afetam a destinação normal da coisa*” quanto a conformidade da coisa às qualidades prometidas,⁴⁴ e “*o artigo 1641, fiel à tradição romanista, admite a dualidade do defeito*”.⁴⁵ Em outras palavras, originalmente, seu objeto compreendia tanto o vício oculto quanto a não-conformidade oculta,⁴⁶ e, contrariamente ao que por vezes se pensa, essa concepção ampla dos defeitos ocultos não é desconhecida pelos autores do século XIX e do princípio do século XX.⁴⁷

A leitura do *Traité du contrat de vente* permite explicar essa concepção. Pothier oferece uma noção funcional do defeito;⁴⁸ conseqüentemente, a garantia recupera um número muito grande de hipóteses de não-conformidades ocultas,⁴⁹ e seu domínio não é limitado por uma definição “*patológica*” do defeito como a única alteração ou anomalia da coisa.⁵⁰ É, antes, a admissão dessa definição restritiva do vício que, ao amputar a garantia do código em boa parte de seu domínio, obrigou a “*reinventar*” a obrigação de conformidade na entrega.⁵¹ Em sua fisionomia atual, a noção de obrigação de entrega conforme é uma criação relativamente recente,⁵² como um corpo estranho no sistema civil francês.⁵³ Não se saberia de outra forma sugerir que a garantia originária dos defeitos ocultos do Código Civil era, afinal, bastante próxima da garantia adaptada do modelo comunitário: ambas cobrem tanto a hipótese do vício como a da não-conformidade oculta.⁵⁴

⁴¹ 1ª Câmara Cível da Corte de Cassação, 5 de maio de 1993, *cit.*

⁴² Lembremos que, sobre essa questão, a doutrina nunca foi verdadeiramente unânime; em favor de uma opção, vide Planiol e Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *apud* Hamel, n.º 126.

⁴³ Vide P. Brun, *Vices cachés et défauts de conformité*, RDC 2005/2, pp. 350 e s.; RDC 2005/3, *op. cit.*, sobretudo p. 944.

⁴⁴ H. Boucart, *L'agrégation de la livraison dans la vente. Essai de théorie générale*, Tese, Org. P. Rémy, LGDJ, coleção Faculdade de Direito de Poitiers, 2005, n.º 219 e 220.

⁴⁵ Vide, também, C. Accarias, *Préas de droit romain*, t. II, Paris, Rousseau, 1871, n.º 909 *in fine*. “*os edis responsabilizam o vendedor por todas as suas declarações e promessas relativamente aos vícios e às qualidades da coisa*”.

⁴⁶ H. Boucart, *op. cit.*, n.º 209.

⁴⁷ Vide G. Baudry-Lacantinerie e Saignat, *Traité théorique et pratique*, *op. cit.*, n.º 417 e n.º 419: a ação em garantia concretiza-se para o uso especial da coisa incluída no círculo do acordo; ela se concretiza também para as qualidades da coisa; Guillaouard, *op. cit.*, n.º 424: a garantia dos vícios ocultos concretiza-se “*se o adquirente se propõe a conferir-lhe destinação especial, diferente de sua destinação normal*”, desde que informe o vendedor a respeito disso; o mesmo autor estabelece, além disso, uma relação entre vícios e “*qualidade leal mercanté*”. Vide n.º 425 e n.º 427; Hamel *apud* Planiol e Ripert, *Traité pratique*..., *op. cit.*, n.º 129.

⁴⁸ *Op. cit.*, *eod. loc.*

⁴⁹ “*O vício funcional é*”, em verdade, “*frequentemente impossível de distinguir do defeito de conformidade*” (no sentido de inexecução da obrigação de entrega conforme). Vide O. Tournafond, *Les prétendus concours d'actions*..., *op. cit.*, sobretudo n.º 56; e assim, segundo esse autor, a definição do artigo 1641 “*não é a melhor possível*”, já que “*ela enfatiza o caráter funcional do vício e deixa passar sua essência estrutural*”, de sorte que a distinção da não-conformidade torna-se “*impraticável*”, D. 1997, sum., p. 347.

⁵⁰ P. Coëffard, *op. cit.*, n.º 217 e s.

⁵¹ P. Coëffard, *op. cit.*, n.º 221 e s.; H. Boucart, *op. cit.*, n.º 233.

⁵² Segundo M. Coëffard (*op. cit.*, n.º 223 e s.), a paternidade da “*sistematização da distinção*” remonta ao autor belga De Page, ao *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, n.º 92, 1948; no mesmo sentido, vide H. Boucart, *op. cit.*, n.º 235.

⁵³ Vide A. Senaux, *Contrats civils*, PUF, coleção “*droit fondamental*”, 2001, n.º 21: o Código Civil “*guarda da noção de entrega nada mais que uma concepção material que a jurisprudência, por sua vez, transformada em uma concepção mais intelectual*”.

⁵⁴ Vide H. Boucart, *op. cit.*, n.º 277 esclarecendo que uma “*releitura romanista do artigo 1641 [...] mostra que a garantia já é aquela dos vícios da coisa e das qualidades prometidas pelo vendedor*”.

Por outro lado, certos autores sugeriram que se abandonasse a obrigação de entrega conforme.⁵⁵ É verdade que, pelos artigos 31 a 34 da C.V.I.M., tal efeito da venda poderia facilmente ser reduzido ao simples ato material de pôr a coisa à disposição no tempo e lugar previstos – poder-se-ia excluir até mesmo a questão do “*aliud grosseiro*”.

II - Relevância

A proximidade entre a garantia de conformidade e a garantia dos defeitos ocultos poderia incitar a fundir tais noções no Código Civil. Entretanto, o regulamento de transposição limita estritamente o domínio da garantia de conformidade, o que gera incertezas quanto ao regime de tal ação e leva a críticas sobre o método de transposição da diretiva que a consagra.

A - Seguindo os moldes do artigo 1º da diretiva, os artigos L. 211-1 a L. 211-3 do Código de Consumo conferem à garantia de conformidade um domínio limitado, principalmente se comparado ao da garantia dos vícios ocultos dos artigos 1641 e seguintes do Código Civil. Ela se aplica aos “*contratos de venda de bens móveis corpóreos*”, nos quais o Código de Consumo assimila “*os contratos de venda de fornecimento de bens móveis a serem fabricados ou produzidos*”.⁵⁶ Ela consiste, assim, em uma consequência da obrigação de entregar um bem corpóreo⁵⁷ e compreende “*a água e o gás enquanto acondicionados em um volume delimitado ou em quantidade determinada*”, mas não a “*eletricidade*”. Esta não existe enquanto o bem for “*vendido por uma autoridade de justiça*” ou “*a leilão*”. Uma restrição como essa, diferentemente das supra-referidas, também se aplica à garantia dos vícios ocultos.⁵⁸

Já o artigo L. 211-3 do Código de Consumo dispõe que “*o presente capítulo é aplicável às relações contratuais entre o vendedor que age no âmbito de sua atividade profissional ou comercial e o adquirente que age na qualidade de consumidor*”. Tal limitação (*rationae personae*) do domínio da garantia legal⁵⁹ explica a inclusão do texto no Código de Consumo; e ela encontra uma justificativa “*natural*”, segundo os termos do informe remetido ao Presidente da República relativo ao regulamento de 17 de fevereiro de 2005, no fato de que “*a diretiva prevê que a ação em garantia de conformidade se aplica às relações contratuais entre profissionais e consumidores*”.⁶⁰

Impunha-se naturalmente uma transposição *a minima*? É verdade que a diretiva abrange, explicitamente, apenas as relações entre os “*vendedores profissionais*” e os adquirentes “*consumidores*” de “*bens de consumo*” (art. 1º); assim, seu objetivo é *a priori* assegurar uma proteção contra a não-conformidade dos bens ao contrato em favor apenas do consumidor

⁵⁵ H. Boucart, *op. cit.*, n.º 256: “*se não voltarmos à lógica do artigo 1603 do Código Civil, com a entrega stricto sensu, de um lado, e a garantia de todos os defeitos da coisa, de outro, a desordem brotará*”.

⁵⁶ Vide F. Labarthe e C. Noblot, *Le contrat d'entreprise à l'épreuve des articles L. 211-1 et s. du Code de la consommation, A propos de l'ordonnance du 17 février 2005*, JCP 2005, I, p. 168, P. Puig, *Application au contrat d'entreprise de la nouvelle garantie de conformité: évolution ou révolution?*, RDC 2005/3, pp. 963 e s.

⁵⁷ A princípio, a garantia dos vícios aplica-se a todas as vendas, independentemente do objeto: imóveis e móveis, corpóreos e incorpóreos.

⁵⁸ Para as vendas feitas pela autoridade de justiça, vide o artigo 1649 do Código Civil; de forma mais ampla, vide também a decisão do Tribunal Civil de Marselha, 25 de julho de 1927, DH 1927, p. 519.

⁵⁹ Como o regulamento não define “*consumidor*”, caberá ao juiz determinar o domínio exato do texto; vide G. Paisant, estudo citado, nota n.º 5, sobretudo n.º 23.

⁶⁰ Diário Oficial de 18 de fevereiro de 2005, pp. 2777 e s.

(parágrafo n.º1, por exemplo). Com isso, ela pretende criar um “*patamar mínimo de regras de Direito do Consumo válido independentemente do lugar de venda dos bens na comunidade*” (parágrafo n.º 5). Consequentemente, a existência de um Código de Consumo na França, ou seja, um apanhado de textos relativos à proteção do consumidor, mal deixaria escolha quanto ao domínio da transposição.⁶¹ De certo modo, é uma consideração de coerência legislativa que ditaria a amplitude desta.⁶²

Tal demonstração não se produz sem falhas. Existem, de fato, na Europa, divergências importantes quanto à interpretação da intenção do legislador comunitário. Para alguns, em oposição à estrita concepção francesa, a diretiva sobre a venda estabelece as “*fundações de um Direito Europeu das obrigações e dos contratos*”⁶³ ou “*o núcleo do Direito Privado Geral na Europa*”.⁶⁴ Tanto é assim que “*a proteção do consumidor*” não passa de um objetivo secundário.⁶⁵ Formalmente, o objetivo da diretiva excede o artigo .95 do Tratado Constitutivo da Comunidade Européia (isto é, o estabelecimento de um mercado interno). E isso, ao que parece, não é assim por acaso: “*tanto o Conselho quanto a Comissão*”, em verdade, “*recusaram, a despeito de um desejo do Parlamento nesse sentido, reter o artigo 153 do Tratado (proteção do consumidor) como base jurídica da diretiva*”.⁶⁶ Ademais, deve-se notar que o texto se inspira na C.V.I.M., isto é, em uma obra bem-feita de Direito Privado Uniforme, e que um importante estudo de Direito Comparado precedeu sua redação. Mas, a despeito de tais afirmações, a intenção do legislador comunitário não é clara,⁶⁷ e os argumentos entrecrocavam-se livremente. A ambiguidade dá licença aos Estados, cabendo a estes decidir a amplitude da transposição.

A adesão do legislador francês ao projeto de transposição *a mínima* explica-se, provavelmente, pela conjugação de diferentes argumentos; dentre eles, a vontade de proteger o regime civilista da compra e venda guarda provavelmente um lugar determinante, e a idéia de oferecer uma melhor proteção ao consumidor, presumidamente frágil, por óbvio, não se ausenta.⁶⁸

B - Idealmente, o regime da garantia de conformidade deveria, portanto, ser mais favorável ao consumidor do que aquele da garantia dos vícios ocultos e da entrega conforme. Certas disposições parecem seguir essa linha, como a presunção de anterioridade do defeito,⁶⁹ que livra, em certas condições, o adquirente de provar a presença do defeito anteriormente à entrega (art. L. 211-7 do Código de Consumo).⁷⁰ Outras disposições pouco modificam o

⁶¹ G. Paisant e L. Leveneur, *Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation*, op. cit., sobretudo n.º 10 e s.

⁶² Vide G. Paisant, *La définition de la conformité*, JCP 2003, *Cahiers de droit de l'entreprise*, cit., pp. 20 e s.; A. Ghozi, *La conformité*, op. cit.

⁶³ Vide S. Grundmann e F. Gomez, *Introduction*, in *La directive communautaire sur la vente*, *Commentaire*, op. cit., sobretudo n.º 18 e s., pp. 31 e s. e os autores citados na nota n.º 56; L. Serrano, *Champ d'application et définitions*, in *La directive communautaire sur la vente*, op. cit., sobretudo n.º 6 e autores citados na nota n.º 5, ou, quanto à idéia segundo a qual a diretiva formaria “*as fundações de um Direito Europeu das Obrigações e dos Contratos*”, o autor fala de uma “*opinião largamente difundida*”; Hondius, *European sale of goods act*, p. 21.

⁶⁴ S. Grundmann e F. Gomez, op. cit., sobretudo n.º 24 e s.

⁶⁵ Vide L. Serrano, op. cit., sobretudo n.º 3.

⁶⁶ L. Serrano, op. cit., sobretudo n.º 3.

⁶⁷ Assim, desde o primeiro parágrafo (que remete ao artigo 153 do Tratado da CE), a diretiva limita seu domínio às vendas aos consumidores.

⁶⁸ P. Malinvaud, *Problèmes de transposition...*, op. cit., sobretudo n.º 134.

⁶⁹ Para a doutrina francesa, essa idéia não é novidade, vide Guillaud, op. cit., n.º 451; Troplong, op. cit., n.º 569.

⁷⁰ “*Os defeitos de conformidade que aparecem em um prazo de seis meses a partir da entrega do bem presumem-se existentes no momento da entrega, salvo prova em contrário*”.

nível de proteção de que já se beneficia o consumidor, como as regras relativas às cláusulas limitativas ou elusivas de garantia (art. L. 211-17 do Código de Consumo).⁷¹ Por fim, de uma forma surpreendente ante as ambições fixadas pela diretiva e pelo legislador, certas disposições são menos favoráveis ao consumidor que o Direito comum. Por exemplo, o artigo L. 211-10 do Código de Consumo estabelece uma hierarquia entre os remédios de que dispõe o adquirente decepcionado.⁷² Este pode escolher entre a “*substituição e a reparação*” da coisa (art. L. 211-9 do Código de Consumo); mas somente se tais soluções “*forem impossíveis*” ou não puderem ser postas em prática “*no prazo de um mês contado da reclamação do adquirente*” ou “*sem maior inconveniente, levando-se em conta a natureza do bem e do uso a que ele serve*”, é que “*o adquirente pode devolver o bem e ser restituído do preço, ou manter o bem e recuperar parte do preço*”. Em outras palavras, ele não pode livremente requerer a resolução do contrato ou a redução proporcional do preço; é a satisfação *in natura* (substituição ou reparação do bem) que vem em primeiro lugar.⁷³ No entanto, uma tal hierarquia não existe no Direito Civil, em que ainda cabe ao adquirente apreciar o interesse econômico da coisa.⁷⁴ Ademais, o artigo L. 211-12 do Código de Consumo dispõe que “*a ação resultante do defeito de conformidade prescreve em dois anos a contar da entrega do bem*”. Porém, a garantia dos vícios ocultos é encerrada em um “*prazo de dois anos a contar da descoberta do vício*” (artigo 1648 do Código Civil), e as ações ligadas à inexecução da obrigação de entrega conforme prescrevem em 10 ou 30 anos, conforme a natureza do ato.

É desse modo, então, que se promove na França um nível elevado de proteção dos consumidores? Consciente de tal impropriedade, o legislador instituiu uma opção em prol do consumidor. Assim, as disposições consumeristas sobre a garantia de conformidade “*não privam o adquirente do direito de exercer a ação resultante dos vícios redibitórios tal como ela resulta dos artigos 1641 a 1649 do Código Civil ou uma ação totalmente diferente, de natureza contratual ou extracontratual, que legalmente se lhe reconheça*” (art. L. 211-12 do Código de Consumo).⁷⁵

A existência de uma cumulação de ações é facilmente compreendida quando elas perseguem uma finalidade diversa. Uma vez que a conformidade difere da segurança,⁷⁶ o adquirente agir sob o fundamento da garantia de conformidade para obter a substituição

⁷¹ Em matéria de garantia dos vícios ocultos, os profissionais são irreversivelmente presumidos conhecedores dos vícios da coisa que eles vendem; pela aplicação dos artigos 1645 e 1150 do Código Civil, eles não podem restringir ou excluir a garantia; ademais, uma cláusula limitativa ou excludente de responsabilidade em caso de inexecução de obrigação de entrega conforme é abusiva (artigo L. 131-1 do Código de Consumo); ela seria, assim, proibida nas vendas entre profissionais e consumidores; sobre esse último ponto, vide J. Calais-Auloy e F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 5^a ed., Dalloz, n.º 182 e s.

⁷² Vide G. Pignarre, *Les droits (légaux de l'acheteur)*, in *Les garanties dans la vente de biens de consommation*, op. cit., pp. 61 e s., sobretudo pp. 66 es.

⁷³ Como se o legislador visse nesses remédios uma forma de supra-sumo do respeito da lei do contrato; vide E. Debily, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires*, Tese, Poitiers, 2002, n.º 75 e 85.

⁷⁴ Vide G. Paisant, estudo citado, nota n.º 5, sobretudo n.º 41. Tratando-se da reparação e da substituição da coisa no quadro da garantia dos vícios, vide J. Hamel apud Planiol e Ripert, *Traité pratique*, op. cit., n.º 135; G. Baudry-Lacantinerie e L. Saignat, *Traité théorique et pratique*, op. cit., n.º 434.

⁷⁵ O informe enviado ao Presidente da República (cit.) esclarece ainda que “*a possibilidade deixada ao consumidor de beneficiar-se do Código Civil*” participa da “*promoção de um nível elevado de proteção dos consumidores*”.

⁷⁶ Vide P. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n.º 6073; J. Calais-Auloy, *Ne mélangeons plus conformité et sécurité*, D. 1993, *chron.*, p. 130.

ou reparação da coisa adquirida; mas, em outro caso,⁷⁷ invocará o da responsabilidade do fato dos produtos defeituosos para obter a reparação de um prejuízo sofrido em seu corpo ou em seus outros bens em razão do fato do defeito da coisa adquirida.⁷⁸

No entanto, não há certeza de que, no terreno da conformidade, a execução de um verdadeiro concurso de ações entre a garantia de conformidade, a garantia dos vícios ocultos e a obrigação de entrega conforme seja de natureza a assegurar uma melhor proteção ao consumidor. Vítima de uma não-conformidade, este poderá formular duas (ou três) demandas tendentes ao mesmo resultado. Mas existirá a tentação de “misturar” os regimes na mesma demanda; isto é, aproveitar do Código Civil, por exemplo, o prazo ou a ausência de hierarquia entre os remédios e, do Código de Consumo, a presunção da anterioridade do vício. O que farão então os juízes? Defenderão o domínio das ações? Poderiam afirmar que, por exemplo, em se podendo presumir a anterioridade de um defeito no quadro da garantia de conformidade, não mais será possível fazê-lo ao invocar-se a garantia dos vícios ocultos — isto é: a presunção de anterioridade do vício somente vale a partir de 2 anos a contar da entrega.

Diante da proximidade das noções, o juiz poderia também decidir unificar os regimes. Desse modo, bastaria à *Cour de Cassation* definir o defeito oculto do Direito Civil (art. 1641 do Código Civil) contemplando a noção de conformidade do Direito Consumerista (artigo L. 211-5 do Código de Consumo) e, correlativamente, redefinir a *minima* a obrigação de entrega. Longe de ser revolucionária, tal interpretação encontraria um suporte de peso na doutrina clássica. Assim, o que o legislador não fez — simplificar o direito da compra e venda — o juiz ainda pode realizar.

Tudo isso, só por isso? As críticas que se fazem não atingem tanto o resultado da transposição, mas sim o seu método. Por quê, mais uma vez, incluir normas oriundas da transposição no Direito Civil anterior?⁷⁹ Compreende-se bem, à guisa de explicação, a hesitação frente ao Direito Comunitário. É evidente que este se forma de normas díspares e representa uma espécie de “*corpo estranho*” ao Direito interno, e observamos que seu espírito, assombrado por preocupações exclusivamente econômicas (o bom funcionamento do mercado), fere o gênio civilista, que se alimenta das mais altas ambições⁸⁰ — como, por exemplo, “*assegurar uma justa reparação dos bens e das coisas*”⁸¹ ou conferir “*ao exercício da liberdade natural de cada indivíduo*

⁷⁷ Por aplicação da lei n.º 2004-1343, de 9 de dezembro de 2004, que alterou o artigo 1386-7 do Código Civil, a lista de responsáveis pelos produtos defeituosos foi modificada: o vendedor somente é responsável se o produtor persiste desconhecido; o vendedor pode, ainda, ser acionado invocando-se os artigos 1386-1 e seguintes, se for também produtor. Na hipótese de os artigos art. 1386-1 e seguintes não puderem ser utilizados contra o vendedor, pergunta-se se a inexecução da obrigação de segurança pode ainda ser invocada; lembra-se P. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2005, n.º 888.

⁷⁸ O artigo L. 211-11, alínea 2, dispõe que a aplicação das disposições dos artigos L. 211-9 e L. 211-10 “*não obsta à alocação de danos e interesses*”. Sobre o que podem vir a ser, em geral, tais danos e interesses (por aplicação dos artigos 1386-1, 1646, 1645, 1147 do Código Civil), vide *Commentaire de l’avant-projet de loi de transposition de la directive n.º 1999/44, RJ com 2003, op. cit.*, sobretudo p. 403 e p. 407.

⁷⁹ Sob esse ponto de vista, a filosofia dessa transposição é idêntica àquela que presidiu a integração da diretiva de 1985 relativa aos produtos defeituosos: “*conservar a integralidade do sistema francês de proteção das vítimas de produtos defeituosos, simplesmente adicionando a este [...] as regras particulares do regime comunitário*”, P. Remy, *Regards sur le Code, Le Code civil, Livre du bicentenaire*, 1804-2004, Dalloz, Litec, 2004, pp. 99 e s., sobretudo p. 115.

⁸⁰ Vide Y. Lequette, *D’une célébration à l’autre (1904, 2004)*, in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, pp. 9 e s., sobretudo p. 25.

⁸¹ A. Seriaux, *Manuel de droit des successions et des libéralités*, PUF, coleção “*Droit fondamental*”, 2003, n.º 1.

as restrições necessárias para compatibilizá-la com a dos outros”.⁸² Tais diferenças fundamentais impedem, logicamente, que se conceba a transposição de uma diretiva como um exercício técnico irrelevante. Bem mais, se a transposição exige que se modifique uma parte do Direito Civil, é muito provável que ela se apresente como um atentado (real ou potencial) à identidade jurídica nacional.

A veneração ao Código Civil é vinculante, e é grande a tentação de buscar preservar sua originalidade e, por extensão, aquela de suas interpretações jurisprudenciais. Tão grande o é, na verdade, que existe na França um Código de Consumo que se presta a receber as normas comunitárias.⁸³ Mas transpor, em Direito Obrigacional, não pode resumir-se a adicionar; e a preservação da integridade de uma ou outra noção civilista deve ser condicionada à manutenção da economia geral do sistema. Por outro lado, quando as novas ações adicionam-se às antigas, seus domínios se recortam parcialmente e seus regimes se acavalam sem totalmente se confundirem, de sorte que o ordenamento civil pouco a pouco se transforma. Desse modo, talvez seja necessário, antes de preservar o corpo de um ou de outro fragmento do Direito nacional, assegurar-se de suas qualidades intrínsecas. Não é precisamente essa uma das apostas científicas de harmonização comunitária? Os juristas são convidados a relativizar suas categorias jurídicas nacionais,⁸⁴ e essa prática, embora tenha suas restrições,⁸⁵ apresentaria suas vantagens. De uma forma geral, ela incitaria, talvez, que se forjasse uma espécie de “*ciência jurídica europeia comum*”, isto é, um corpo de doutrina que formasse um contraponto técnico à Europa institucional.

⁸² É a definição bastante kantiana do Direito Civil francês dada por C. Aubry e C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. I, 4ª ed., Marschal e Billard, Paris, 1869, § 22.

⁸³ Vide P. Remy, *Regard sur le Code*, op. cit., sobretudo p. 115: “a última tentação é preservar o Código Civil ao acolherem-se as regras comunitárias em códigos-receptáculo, como o Código de Consumo”; P. Brun, *Droit communautaire et droit français de la vente*, RDC 2003, pp. 107 e s., sobretudo p. 111: “Será que defender o Código de Consumo não passa de transformá-lo em cemitério para as noções que não se querem integrar à ordem jurídica interna?”.

⁸⁴ Vide P. Remy, *Ouverture du colloque sur les concepts contractuels français...*, op. cit., sobretudo p. 6: “a doutrina francesa não pode, a meu ver, fazer ouvir sua voz particular, a menos que repense seu próprio direito segundo as categorias que não podem ser estintamente ‘indígenas’ ou ‘autóctones’”.

⁸⁵ Essencialmente metodológicas, sobre as quais vide *A propos de l'activité doctrinale civiliste, quelques questions dans l'air du temps*, RTD civ. 2006 (a publicar).

AS MARCAS DE SAVIGNY NA DOCTRINA CIVILISTA*

Michel Boudot**

1. Introdução

A partir da leitura dos civilistas franceses do fim do século XIX, como Saleilles, Bufnoir, Planiol, Géný e mesmo Baudry-Lacantinerie, não resta nenhuma dúvida: Savigny não apenas imprimiu sua marca à revolução metodológica que vivificou o direito romano, mas também foi um dos que desenvolveram teorias dominantes no direito civil. Da posse ao direito das obrigações, Savigny mostra-se, nos escritos dos titulares da escola da livre pesquisa científica, como um autor inevitável no século XIX francês.

Devemos, no entanto, ser comedidos: a presença de Savigny na literatura civilista do início do século XX e o papel dominante que lhe é atribuído pouco coincidem com as poucas marcas que ele deixou nos grandes comentários do século XIX. Os escritores da *Thémis*, seguramente, dedicaram-se a difundir o pensamento de Savigny;¹ os romanistas foram, indubitavelmente, impregnados pela sua *Teoria da posse em direito romano*,² Savigny teve, certamente, defensores de suas idéias e discípulos autoproclamados;³ mas as referências à sua obra nos tratados e comentários do direito civil francês, surpreendentemente, permanecem parcas.⁴

De um ponto de vista metodológico, para conjugar a construção da história do pensamento com as contribuições doutrinárias, não me empenhei em fazer muitas considerações de ordem biográfica;⁵ dado que os meus esforços arqueológicos limitaram-se aos aspectos literários, em verdade, a única obra de Savigny que eu possivelmente poderia encontrar na literatura civilista francesa anterior a 1840 é o *Tratado da posse em direito romano*.⁶ As coisas mudarão

* O artigo é versão escrita da palestra proferida no Colóquio “Les civilistes français face à l’œuvre de Savigny – La Codification du droit, Savigny et la France” do Instituto Michel Villey, em 19 de outubro de 2007, na Universidade Paris II, Panthéon-Assas. Tradução livre e autorizada de Marcelo Boff Lorenzen (bolsista CAPES-Unibrasil, Giessen-UFRGS), estudante do 5º ano da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, integrante do grupo de pesquisa CNPq “Mercosul e Direito do Consumidor”, sob a coordenação da Prof.^a Dr.^a Claudia Lima Marques. Revisão de Wellerson Miranda Pereira (Mestre em Direito pela Université de Lausanne – Suíça; doutorando em direito sob co-tutela pela Université de Savoie – França e Universidade Federal do Rio Grande do Sul).

** Maître de conférences. Faculdade de Direito e de Ciências Sociais de Poitiers.

¹ *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte*, 1819-1831; WARNKOENIG, De l’état actuel de la science du droit en Allemagne et de la révolution qu’elle y a éprouvée dans le cours des trente dernières années, *Thémis*, t. I, 1819, pp. 7 e s.; REMY, La *Thémis* et le droit naturel, *RHFD* 1987, p. 145; deve-se, no entanto, ser judicioso e evitar apresentar a *Thémis* de modo excessivamente radical como a voz de Savigny na França; WITZ, *Droit privé allemand*, Litec, 1992, n.º 4.

² LABOULAYE, *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*, 1842; ALAUZET (Isidore), *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français*, 1846, que enaltece “as magníficas explanações em matéria de interditos possessórios”, MOLITOR, *Cours de droit romain approfondi. La possession, la revendication, la publicienne et les servitudes en droit romain*, curso proferido em Gand, Paris, 1852, que avalia a sua obra nestes termos: “antes do surgimento do erudito tratado de Savigny, uma confusão extrema reinava em matéria de posse no direito romano”.

³ LERMINIER, *De Possessione analytica savignyanae doctrinae expositio*, 1827.

⁴ Vide as explicações trazidas por Jean GAUDEMET, *Histoire et système dans la méthode de Savigny*, in *Hommage à René Dekkers*, Bruylant, 1982, pp. 117-113, sobretudo *in fine*.

⁵ Vide MOTTE, *Savigny et la France*, Berna, Lang, 1983;

⁶ SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes: Eine civilistische Abhandlung*, Heyer, 1803. Vide <http://dlib-pr.mpij.mpg.de/>; WARNKOENIG, *Analyse de l’ouvrage: le droit de la possession, traité de droit civil de F.C. de Savigny*, *Thémis*, t. III, 1821, pp. 224-235 e 45-460, assim como

um pouco em seguida. Deve-se estar ciente de que, apesar da aparente dificuldade técnica da matéria — *que não foi escolhida por acaso pelo próprio jovem Savigny em 1803*⁷ — o tratado sobre a posse e suas edições sucessivas não constituem apenas uma teoria dos direitos reais e do direito de propriedade, mas uma perspectiva mais ampla, uma visão da conexão histórica entre as fontes romanas, o direito medieval e o sistema jurídico moderno. Na segunda metade do século XIX, a difusão do *System* e de sua tradução, bem como da tradução do *Direito das obrigações*⁸ renovarão o interesse da doutrina francesa pelas teses de Savigny, muito mais pela sua própria força, deve-se dizer, que como *contraponto* às teses de Jhering.

Para medir a profundidade das pegadas deixadas por Savigny na literatura civilista francesa, demonstrarei as marcas deixadas pelas duas obras de direito civil que se encontram nas extremidades de sua vida científica,⁹ sucessivamente e cronologicamente pelo *Tratado da posse* (1803) e, em seguida, pelo *Direito das obrigações* (1851-1853).

I - A Posse

2. Pontos-chave

A tese de Savigny acerca da posse em direito romano tem por fio condutor a autonomia conceitual da posse em relação à propriedade; não nos devemos deixar surpreender, inicialmente, pela dificuldade de recepção do sistema proposto por Savigny, uma vez que a tradição civilista francesa do início do século XIX trata a posse como constitutiva de uma presunção de propriedade. Assim, subsiste o fato de que Savigny empreende uma análise factual e subjetivista das condições da posse que coincidirá com as opiniões de uma parte da doutrina no início e no intermédio do século XIX.¹⁰

1º. A teoria da posse de Savigny repousa, de início, na definição de detenção, sobre o fato de deter o *corpus*. Esse fato de deter não é a posse em si mesma, mas apenas sua condição necessária. “Toda aquisição de posse funda-se em um ato corporal (*corpus* ou *factum*), acompanhado de certa vontade (*animus*). O ato — *factum* — deve pôr aquele que deseja adquirir a posse em uma posição tal que apenas ele possa dispor da coisa ao seu bel-prazer, ou seja, agir, em relação a ela, como proprietário. A vontade deve tender a tratar também a coisa em realidade como uma propriedade; de modo simples, uma vez que a posse é *derivada* da posse anterior de outrem por força de um fato jurídico, é suficiente querer *essa transmissão*, de sorte que a posse pode, então, ser adquirida ainda que se reconheça a propriedade de uma outra pessoa”.¹¹ Por meio dessa formulação, Savigny anuncia a condição suficiente à existência da posse, o *animus*, e induz, assim, o primado da vontade sobre o fato de deter.

Thémis, t. IV, 1822, pp. 234-256, *Thémis*, t. V, 1823, pp. 345-366 e 468-477, onde Warnkoenig expõe a teoria dos interditos possessórios mencionando que a quarta edição da obra contém muitas idéias novas; deve-se observar também que a teoria de Savigny evoluiu de edição em edição; vide BRUTTI, *L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*, Quad. Fior. 5/6, 1976/77, t. I, pp. 41-103, sobretudo p.77; do mesmo modo, PEDAMON, *Le code civil et la doctrine juridique allemande du XIX^e siècle*, in *Le code civil : 1804-2004 : un passé, un présent, un avenir*, Ed. Panthéon Assas, 2004, pp. 803 e s.

⁷ Vide Peter STEIN, *Roman law in European history*, CUP, 1999, pp. 115 e s., sobretudo p. 119.

⁸ SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, 1851-1853, trad. franc. de Gérardin e Jozon, *Le droit des obligations*, 1863 (2ª ed., 1873); republicado por LGDJ — coleção Faculdade de Direito de Poitiers, 2008.

⁹ Para uma apresentação completa, vide JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, 2005, pp. 11 ss.

¹⁰ Vide, sobretudo, a análise feita por ZENATI-CASTAING e REVET, *Les biens*, 2008, para aprofundamento, n.º 447, pp. 651 e s.

¹¹ *Traité de la possession en droit romain*, trad. de Favre-d'Audelage, 1842, § XIII, p. 207.

A teoria torna-se mais complexa quando Savigny identifica dois aspectos do *corpus*: para adquirir a posse, a condição de *corpus* traduz-se pela potencialidade de uma apreensão física da coisa; ver uma coisa pode ser suficiente, ainda que sobre essa coisa se pudesse efetivamente exercer o poder daquele que a apreende. Inversamente, a conservação da posse não mais requer essa proximidade física e corporal necessária à aquisição da posse; a vontade de possuir mantém, por si só, um *corpus* potencial (ou fictício), mesmo a despeito do distanciamento da coisa e da perda do controle sobre ela. Segundo ele, “a primeira condição da continuação da posse consiste em uma relação física com a coisa possuída, relação que nos permite exercer sobre ela a nossa ação. Mas não é minimamente necessário, como para a aquisição da posse, que essa faculdade seja imediata, atual; basta que essa relação permita-nos *obter* voluntariamente um poder imediato, e dessa maneira a posse não se perde, a menos que a ação de nossa vontade se torne efetivamente impossível. Essa regra será aplicável tanto às coisas móveis quanto imóveis”.¹² A vontade mantém a posse quando a detenção tiver cessado.

2º. O *animus* de Savigny conforma a segunda grande tese de seu *Tratado*. Como demonstrado pelo Professor TRIGEAUD, essa condição de *intencionalidade* tem ela também um teor ambivalente em razão da variabilidade do *corpus* e dos efeitos jurídicos conferidos à posse. Primeiramente, trata-se da vontade de deter, ou seja, de unir à detenção material da coisa a vontade de ter sobre ela o controle;¹³ mas “apenas merece o qualificativo de possuidor [aquele que] trata como proprietário a coisa que detém, ou seja, que quer dela dispor de fato do mesmo modo que um proprietário dela dispõe em virtude de seu direito e, por consequência, não quer reconhecer a superioridade de nenhum direito alheio”.¹⁴ Assim, se a vontade deve ser dirigida a tratar também a coisa, em realidade, como uma propriedade,¹⁵ o *animus* é, “ao mesmo tempo, consciência do *corpus*, vontade de realizá-lo, de haver para si a coisa em que consiste, enfim, consciência dessa vontade mesma”.¹⁶ Esse comportamento de proprietário como condição da posse, no entanto, tem um fim: tornar-se proprietário. O *animus domini* não converge, segundo Savigny, para um sentimento ou crença de ser proprietário; pelo contrário, o *animus domini* é vontade de fazer da coisa propriedade sua.¹⁷ Factualmente, no entanto, isso não é instantâneo. Para que a posse seja conservada, o *animus* de tornar-se proprietário deverá ser mantido e renovado a todo instante, até a prescrição, mas “a circunstância de que o possuidor, durante um tempo mais ou menos longo, não se desligue da coisa e, por consequência, da posse, não implica que ele perca esta última”.¹⁸ Somente um *animus* contrário ao *animus* inicial fá-lo-á perder sua posse. “A posse se perde, assim, somente pelo *animus*, no momento qualquer em que o possuidor a ela queira renunciar; porque, nesse momento, a reprodução da vontade originária torna-se radicalmente impossível pela manifestação contrária da vontade.”

¹² § XXXI, pp. 372-373, vide a modificação de tradução proposta por TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers*, 1981, p. 47.

¹³ TRIGEAUD, *op. cit.*, p. 115.

¹⁴ § IX, p. 103.

¹⁵ § XIII, p. 207.

¹⁶ TRIGEAUD, *op. cit.*, p. 116.

¹⁷ § XX, p. 259.

¹⁸ § XXXII, p. 392.

No entanto, explica Savigny, se a vontade deve tender a tratar a coisa em realidade como uma propriedade, “uma vez que a posse *é derivada* da posse anterior de outrem por força de um fato jurídico, basta querer essa transmissão, de sorte que neste momento a posse pode ser adquirida, ainda que se reconheça a propriedade de uma outra pessoa”.¹⁹ Com isso quer-se dizer que um possuidor que tenha o *animus domini* pode, por meio de um ato jurídico, entregar a coisa às mãos de um novo possuidor, que terá vontade de ter a coisa mesmo que como possuidor de segunda ordem, reconhecendo a vocação do primeiro à propriedade. O *corpus* é, portanto, realizado pelo possuidor derivado, o *animus domini* permanece com o possuidor originário; e, portanto, o detentor da coisa não a possui para si, mas para outrem.

3º. A natureza do direito do possuidor é, para Savigny, a terceira questão inevitável do *Tratado*. A grande idéia reside na autonomia conceitual da posse em relação à propriedade. Ao afirmar que a posse resulta de um simples fato, complementado pela condição psicológica do detentor, *movido* por uma intenção de ser proprietário, a determinação do *direito do possuidor* remete-se a uma controvérsia clássica à época.²⁰ “A posse deve ser considerada um direito? É ela *ius in re*?”²¹ Contrapondo-se à doutrina dominante, Savigny desfere diversos golpes contra a tese realista do direito do possuidor: enquanto *fato*, a posse não confere nenhum direito sobre a coisa possuída, ela autoriza, simplesmente, a ação em justiça pela reparação de um prejuízo em caso de desapossamento violento. Desse modo, a natureza do direito do possuidor é determinada pelo regime das ações possessórias (ou dos interditos possessórios em direito romano) que lhe permitam recobrar sua posse. A coisa do verdadeiro proprietário não é gravada com um direito real do qual o possuidor será titular, pois a propriedade pode ser reivindicada por via petítória. Apenas em caso de violência ou vias de fato cometidas contra o gozo pacífico da coisa possuída assiste ao possuidor uma ação de reparação. Não é qualquer direito real de posse que possibilita essa ação em justiça, é o delito constituído pela turbacão causada à posse. Dito de outro modo, Savigny nos ensina que o possuidor só tem direito a partir do momento em que ele foi violentamente privado de sua coisa. Ele não tem um direito real, ele tem um crédito de reparação.

“O direito dos interditos possessórios pertence, portanto, ao direito das obrigações, e aí se fala da posse enquanto componente da condição essencial dos interditos. O *ius possessionis*, ou seja, o direito que confere a simples posse, consiste simplesmente no fato de que o possuidor pode reclamar os interditos desde que intervenha um ato violento contra sua posse. Na ausência dessa violação, a simples posse não confere nenhum direito, nem um *ius obligationis*, o que é bem evidente, nem um direito sobre a coisa, pois nenhum ato dirigido à coisa deve ser mantido como legal apenas porque quem agiu tinha a sua posse.”

Para Savigny, a posse continua sendo uma anomalia durante um período de transição: as ações e interditos possessórios protegem o possuidor e sua usucapião em curso, mas não reconhecem nenhum direito enquanto a prescrição aquisitiva não se tiver consumado; o verdadeiro proprietário não perde seu direito aos poucos, este é sempre uno, ao que ele deve

¹⁹ § XIII, pp. 207-208.

²⁰ TOULLIER, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, III, 1811.

²¹ § I, p. 5, § VI, p. 29.

reivindicar a coisa para obter a sua restituição judiciária, único desapossamento válido. A posse “não é nem mesmo um direito por si só”, diz-nos Savigny, e, por consequência, “a posse pertence ao direito das obrigações”.

3. Ponto de vista

Os três aspectos principais da teoria de Savigny que acabei de descrever – para cujo aprofundamento apenas posso remeter à obra magistral do Professor TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers* – articulam, *grosso modo*, uma concepção subjetivista e voluntarista da posse.²² No prefácio de sua obra, Savigny não hesita em apresentar-se como um inovador, e sua influência também deve ser medida em função das novidades trazidas pelo *Tratado*. Entretanto, como seus críticos observarão, tão logo suas teses sejam amplamente difundidas na Europa, a concepção de Savigny não era tão inovadora quando se pretendeu. A imagem de um Savigny sozinho contra todos os demais, extirpando a *posse* dos tenebrosos de uma má interpretação dos textos romanos seria muito exagerada. E se as suas idéias já estavam presentes em Doneau ou Cujas, sob formas aparentadas e não-sistematizadas em Domat ou Pothier, como enfatizará Jhering, poder-se-ia perquirir acerca da influência real da obra de Savigny; devemos ficar menos surpresos ao constatar, assim, que a doutrina francesa do século XIX foi sensível às proposições de que ela já compartilhava.²³

4. Poucos vestígios ou nenhuma marca antes de 1840

Ao realizar minhas pesquisas, esperava encontrar cada vez mais referências à obra de Savigny; sabendo que os grandes trechos traduzidos por Warnkoenig haviam se beneficiado da difusão da *Thémis*, que autores importantes haviam declarado sua empatia pelas teses e o método de Savigny, pensei, ingenuamente, que encontraria facilmente vestígios do *Tratado da posse*. O resultado é decepcionante: antes de 1840, época das traduções completas da obra, há pouquíssimas referências, que são feitas apenas à tradução-análise de Warnkoenig, nenhuma referência à obra original. Deveria, no entanto, procurar melhor para encontrá-las; esse trabalho arqueológico, de certo modo, apenas começou.

PROUDHON (*Traité des droits d'usufruit, d'usage...*, t. VIII, n.º 3530 *et seq.*), DELVINCOURT (t. II, 1834, pp. 209 *et seq.*), TOULLIER (t. III, 1824; t. XI, 1830) e DURANTON não parecem fazer referência direta à obra, não mais que os processualistas – *os procedimentalistas, como se dizia, preferencialmente, à época* – BONCENNE & BOURBEAU, CARRE & CHAUVEAU ou BOTTARD. Além do mais, esses diferentes autores embasavam a maior parte de suas demonstrações teóricas, no caso dos primeiros, e práticas, no caso dos últimos, sobre a idéia de que a posse confere ao possuidor um direito real sobre a coisa possuída. Tal afirmação é incompatível com a essência da tese de Savigny. “Mas em razão de a posse constituir um verdadeiro direito e um direito bastante importante para o possuidor, este deve dispor de uma ação, seja para reivindicá-la quando dela foi despojado por outrem, seja para conservá-la quando se lhe turba; daí as ações possessórias de que nos devemos por ora ocupar.”²⁴

²² TERRE e SIMLER, *Les biens*, 5ª ed., 1998, n.º 160; o Código Civil era menos voluntarista em matéria de posse que seus intérpretes, ZENATI-CASTAING e REVET, *op. cit.*, n.º 448.

²³ TRIGEAUD, *op. cit.*, p. 145.

²⁴ PROUDHON, *Traité des droits d'usufruit, d'usage...*, t. VIII, 1825, n.º 3529.

5. Ponto de convergência

Encontra-se, por outro lado, em BIOCHE, autor de um importante *Dicionário de procedimento civil e comercial* (vide o verbete “ação possessória”), uma referência aos artigos dedicados por Warnkoenig ao *Tratado da posse*,²⁵ seria bastante temerário cogitar de qualquer influência, apesar de a breve definição de posse apresentada ter traços conhecidos; BIOCHE, no entanto, não desenvolve uma teoria da posse. “Possuir uma coisa é tê-la em seu poder, seja detendo-a por si mesmo, seja fazendo-a ser detida por outrem (Cód. Civil, Art. 2228). A detenção é o ato corporal através do qual se captura ou se retém uma coisa. Em linguagem vulgar, esse fato é freqüentemente confundido com a posse; mas a posse exige, além do fato material da detenção, a vontade de ser proprietário. A posse é, portanto, a detenção a título de senhorio. A ausência do possuidor não é suficiente, de modo geral, para tornar a posse vacante; ela subsiste em seu benefício. Assim, diz-se com razão que a posse não se perde *corpore solo*, que ela se conserva *animo solo*. Mas é necessário atentar para não estender demais a aplicação desse princípio (à hipótese de um desapossamento violento por fato de terceiro).” Após fazer referência a *Savigny-Warnkoenig*, BIOCHE deixa transparecer que aquilo que é verdadeiro para o direito romano não o é para o direito francês, exatamente em razão do regime da ação possessória. As marcas de Savigny são, em conclusão, pouco profundas; são no mais em TROPLONG.

6. No seu comentário ao Título XX do Livro III relativo à *Prescrição*, TROPLONG consagra sua análise ao exame das diferentes teorias da posse;²⁶ o autor faz uma exegese crítica dos artigos 2219 e seguintes do Código Civil, remetendo-se ao direito romano enquanto sistema de interpretação comparado, e reserva um lugar importante para o *Tratado de Savigny*.²⁷ Já no prefácio ele assim anuncia: “Nos últimos tempos, surgiu na Prússia um livro que granjeou sucesso em âmbito europeu, quero falar do *Tratado da posse* de Savigny; é uma obra de grande alcance, na qual se admira o mais exato conhecimento dos textos, bem como a agudeza do autor ao examiná-los com a dupla autoridade da análise e da história; não creio, no entanto, que essa bela obra possa exercer uma influência real sobre o direito francês e modificar quaisquer aspectos de nossas idéias sobre a posse, base da prescrição, bem como acerca das ações possessórias, que dela derivam. Savigny elaborou um livro tipicamente romano; não quis desviar-se do horizonte de Gaio, Ulpiano e Triboniano: o nosso é necessariamente diferente.”²⁸ Diferente a ponto de Troplong também sustentar que, segundo a doutrina do Código Civil, os detentores precários são também possuidores, de modo que toda detenção seria uma posse; esse posicionamento isolado entre os comentadores do Código, incompatível com a tese de Savigny, dará lugar a uma longa anti-tese elaborada mais tarde por Marcadé.²⁹ Troplong tem um horizonte bastante diferente daquele de Savigny, em virtude de uma *originalidade bem nacional*, como ele insiste, mas adota uma perspectiva próxima: ele atribui a Savigny os esclarecimentos que se fizeram acerca das antiguidades romanas, mas

²⁵ T. I, 2ª ed., 1839 (p. 143, n.º 71); citando *Thémis*, 3-224, 445; 4-234; Savigny-Warnkoenig, 2º artigo.

²⁶ TROPLONG, *De la prescription*, 3ª ed., 1838, Art. 2228.

²⁷ Desde 1835, por meio da exposição de LERMINIER, *De Possessione analytica savignyanae doctrinae expositio* e WARNKOENIG, *Thémis*, t. V, p. 345.

²⁸ *De la prescription*, Prefácio, p. XI.

²⁹ MARCADE, *Explication du titre XX du livre III du code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence*, 1854, Art. 2228.

constata que os textos franceses, já há bastante tempo, haviam reformado a natureza e o teor dos direitos do possuidor. Para Savigny, por exemplo, os *interditos possessórios* não tinham, em Roma, o efeito de presunção de propriedade; Troplong quer admitir esse fato, mas observa que no direito francês isso se dá de modo diverso: “ele não é um autor antigo ou moderno, que só ensina que nossa posse ânua (desconhecida do resto dos romanos) é, para o possuidor, fonte de uma presunção de propriedade que o dispensa de qualquer prova, salvo se o contrário for evidente. Esse é o ponto de partida que jamais se deve perder de vista para que não nos percamos ao comparar nosso sistema da posse com aquele dos romanos”.³⁰

De certo modo, Troplong explica-nos que a obra de Savigny confronta-se com uma dificuldade de recepção resultante do fato de que o regime das ações possessórias (de direito positivo) determina a natureza da posse e impõe que se a considere como uma presunção de propriedade. Dito de outro modo, se as teses de Savigny sobre a posse não conseguem vencer esses obstáculos de incompatibilidade nacional, não serão passíveis de admissão.³¹

Por outro lado, depreende-se igualmente dessas exposições, e mesmo daqueles que parecem deliberadamente esquecer Savigny, como a tradução francesa do manual de ZACHARIAE realizada por Aubry e Rau,³² que os conceitos provenientes do direito romano foram modificados por um processo histórico que marca, doravante, a sua especificidade.

Menos surpreendentemente, não se encontram muitas referências a Savigny nos tratados generalistas de direito civil antes de 1840; à exceção de Troplong, cujo método e estilo revelam a influência tanto da diluição do discurso quanto da profundidade de uma interpretação histórico-romanista, os mestres de direito civil (e mais ainda de direito processual civil), autores dos primeiros comentários, inspiraram-se apenas em fontes literárias de tradição francesa, se é que poderiam ser consideradas romanistas.³³ À primeira vista, a universalidade da teoria da posse de Savigny mostra-se evencida justamente por aquilo que lhe confere força; a concepção de um direito como função do espírito nacional, como capacidade da nação de dotar-se de regras, conduz a dissociar o direito civil nacional francês – de Cujas, Domat, Pothier e do Código Civil – do direito romano, e torna este último nada mais que um conjunto de disposições passíveis de aplicação, conquanto sistema de interpretação exterior ao direito nacional. Em virtude disso, exime-se a posse romana das análises “francesas”. Por meio de um efeito negativo, o método histórico conduz a descartar o direito romano em favor de uma concepção nacional da posse.³⁴

³⁰ *De la prescription*, pp. 346-347.

³¹ *De la prescription*, p. 360: “demonstraremos a esses estimáveis sábios, em demasia preocupados com o poder do direito romano, que o direito francês também tem suas liberdades e sua originalidade e que não é filosófico querer tudo cunhar de uma forma exclusiva, adivinhada antes que redescoberta, em elucubrações solitárias”; acerca do texto de Warnkoenig sobre Savigny, vide *Thémis*, t. V, p. 345.

³² ZACHARIAE, AUBRY e RAU, *Cours de droit civil français*, t. I, 2ª ed., 1843, § 182, não parecem fazer referência em notas de rodapé a Savigny, se bem que Zachariae (1808) refere-o na primeira edição de seu *Handbuch*, § 68, p. 102 (<http://dlib-mpier.mpg.de>), e também nas edições subsequentes; de modo contrário, as edições francesas ignoram-no na bibliografia elencada no § 184. O mesmo ostracismo verifica-se nas edições subsequentes, onde Jhering aparece; conclui-se que a teoria da posse de Zachariae é, de fato, compatível com aquela de Savigny.

³³ Vide CAROU, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, 1838, o autor copia, de fato, Troplong, ao que não pode ignorar as referências feitas por este ao *Tratado da posse* de Savigny. Carou nada faz, permanece convicto de que a posse é emanção da propriedade e que os interditos e ações possessórias são ações que sancionam a violação do direito do possuidor.

³⁴ Os críticos de Troplong, onde se insere, em primeiro plano, Marcadé permanecem também inclinados a determinar o espírito

7. Ponto de mudança

A virada dos anos 1840 concentra diversos fatores de mutação. De um lado, os estudos filológicos e a pesquisa das interpolações assumem tal amplitude que parece impensável, a partir de então, estudar o direito do digesto e das institutas sem se indagar sobre a origem e a fonte histórica das regras. O trabalho dos anti-tribonianos rende seus frutos e conjuga-se com a vontade reafirmada dos grandes romanistas franceses e francófonos de conjugar-se aos esforços de Savigny. Laboulaye, em 1842,³⁵ assim como em 1855,³⁶ carregará a bandeira da renovação dos estudos de direito com o fim declarado de constituir, em torno da redescoberta do direito romano, a base de um conhecimento comum aos povos europeus. A criação da sociedade de legislação comparada, em 1869, servirá a esses esforços.

Com o romanista Molitor aprendemos que “antes do surgimento do erudito tratado de Savigny, uma confusão extrema reinava em matéria de posse no direito romano”, e lê-se dos escritos de Ortolan³⁷ que “Savigny publicou, na Alemanha, um tratado acerca da posse a cuja reputação meus elogios nada podem somar. Segui, nesses princípios gerais, uma parte de suas idéias, sem adotá-las todas”. Pellat,³⁸ Demangeat, Machelard servirão também à causa da difusão do *System* e do pensamento de Savigny.

Nesse período, entretanto, época em que apesar de os civilistas franceses estarem atentos à doutrina romanista (uma vez que os candidatos à carreira universitária redigem duas teses, uma delas em direito romano), por motivos diversos, serão poucos aqueles a terem concebido uma teoria da posse:³⁹ o comentário, artigo por artigo, parece não permitir a expressão de uma visão geral da posse. O Artigo 2228 do Código Civil chega, de certo modo, tarde demais aos exegetas. Poderíamos ter pensado que Marcadé havia evocado o *Tratado da posse* de Savigny, o que não ocorreu; nem Démante, nem Demolombe, nem Laurent.⁴⁰ Mesmo em Aubry e Rau a referência feita à posse segundo Savigny por Zachariae é apagada por seus tradutores.⁴¹ No entanto, todos esses autores desenvolvem ou adotam análises voluntaristas e factualistas da posse; eles rejeitam a idéia segundo a qual a posse confere um direito real sobre a coisa de outrem e sustentam, contra Touiller e Duranton, que a posse é um fato, que *corpus* e *animus* são necessários para que o detentor torne-se possuidor, segundo os argumentos que Savigny poderia ter por si mesmo explicitado, mas permanecem vinculados à idéia *francesa* de que a posse cria uma presunção de propriedade.

do Código Civil. Marcadé rebate vivamente Troplong acerca da questão de saber se o Código corresponde, em matéria de posse, às doutrinas de Pothier; Troplong afirma que sim, Marcadé não hesita em polemizar e mesmo em ressaltar que a doutrina do sábio magistrado é inteiramente falsa (Art. 2228) ao recorrer à análise pomenonizada das fontes francesas da posse.

³⁵ LABOULAYE, *Essai sur la vie et les doctrines de Frédéric Charles de Savigny*, 1842.

³⁶ BOUDOT, *Les programmes scientifiques des revues juridiques des 19^e et 20^e (et 21^e) siècles*, in Augustin e Gazeau, *Contumes, doctrine et droit savant*, LGDJ, 2007, pp. 307-318.

³⁷ ORTOLAN, *Instituts de Justinien*, t. II, 6^a ed., 1857, p. 259, nota 2.

³⁸ PELLAT, *Exposé des principes généraux sur la propriété et ses principales démembrements*, 2^a ed., 1850.

³⁹ Como tratado monográfico, no entanto, BELIME, *Traité du droit de possession et des actions possessoires*, 1842; a obra é de difícil acesso, mas existe uma tradução italiana em google books, *Trattato del diritto di possesso*, 1856.

⁴⁰ LAURENT, *Principes de droit civil français*, t. XXXII, 3^a ed., 1878, Art. 2228.

⁴¹ No entanto, não desejo ser peremptório, pois, nessa busca arqueológica, a descoberta de todos os traços seria útil, e a biblioteca de Poitiers não dispõe de todas as edições das obras do século XIX, seria infinitamente grato, portanto, a todos aqueles que, por força de pesquisas pessoais, descobrirem quaisquer preciosidade em relação a Savigny – uma vez que possa ter deixado de assinalar diversos traços. O contato é fácil: mboudot@univ-poitiers.fr.

8. Apogeu

Se se deve ressaltar uma evolução no modo de compreender Savigny entre os anos 1830 e 1860, podemos nos debruçar sobre o Repertório de Dalloz. Na edição de 1827-1830,⁴² nos verbetes *ação possessória* e *prescrição*, a seção 2, relativa à explicação acerca da posse, faz menção às teses de Delvincourt e Touiller, sem referir a tese de Savigny; o discurso é parcimonioso em teorias. De modo contrário, na edição do mesmo repertório, datada de 1845-1856,⁴³ faz-se menção rápida ao *Tratado da posse* a propósito das ações e interditos possessórios, no que concerne à posse mesma, que é explicada no verbete *prescrição*. O Dalloz primogênito faz, em nota de rodapé, um resumo que entende ser completo a respeito do tratado de Savigny: “essa análise provém de uma obra bastante reconhecida na Alemanha, o *Tratado da posse em direito romano de Savigny*. [...] No entanto, essa teoria, cuja análise foi-nos enviada por um jurisconsulto amigo, a qual ele nos permite imprimir nesta obra, não responde às questões mais difíceis, impossíveis de não apresentar quando se se ocupa da posse. – Por exemplo, a posse é anterior à propriedade?”⁴⁴ Sem rechazar a adesão de Dalloz, a difusão do *Repertório* irá aumentar consideravelmente a exposição da tese de Savigny.

Se isso não basta para demonstrar sua influência, ressalte-se que a tese de Savigny se tornará compatível com certas concepções no intermédio do século XIX; e isso explica o fato de os autores do início do século XX verem a tese de Savigny como dominante no século XIX.

9. A virada do século XX na mira

Se continuarmos a empreender esse excursionismo diacrônico, perceberemos uma notável mudança nas obras de direito civil no momento em que a teoria da posse de Savigny não mais é tratada como uma teoria do direito romano, mas sim como uma tese (aliás, a mais freqüentemente combatida) integrada à teoria geral da posse. Aí repousa, sem dúvida, o maior sucesso de Savigny. Observemos, com efeito, que no fim do século XIX a doutrina francesa concebe teorias gerais,⁴⁵ e que a discussão erudita confere ao direito romano a qualidade de direito comum a todos os povos.⁴⁶ Esmein,⁴⁷ Bufnoir,⁴⁸ Saleilles,⁴⁹ Planiol, Capitant não mais apresentam a teoria romana da posse de modo dissociado da teoria moderna, o que indica, de um lado, a assimilação do método histórico (ou seu avatar francês) por esses autores. Deve-se assinalar, no entanto, que as referências à obra de Savigny são feitas principalmente sob o exame da controvérsia introduzida por Jhering, e é este último que terá o apoio dos titulares da escola da livre pesquisa científica.⁵⁰ Segundo Jhering, cuja teoria objetiva não se embasa no *animus domini*, mas na *causa possessionis*, para constituir a posse, basta ter a intenção de criar e conservar uma relação com a coisa, exercendo um poder de fato

⁴² *Jurisprudence générale du Royaume, ou Répertoire méthodique de la législation et de la jurisprudence française*, t. I, 1827, verbete *action possessoire* e t. XI, 1830, verbete *prescription*.

⁴³ *Répertoire méthodique et alphabétique de la législation, de doctrine et de la jurisprudence*, t. III, verbete *action possessoire*, 1846; t. XXXVI, verbete *prescription*, 1856.

⁴⁴ Verbetes *prescription*, n.º 236.

⁴⁵ JAMIN, *Un modèle original, la construction de la pensée juridique française*, <http://www.courdecassation.fr/BICC/>.

⁴⁶ CORNIL, *Traité de la possession en droit romain pour servir de base à une étude comparative des législations modernes*, 1905.

⁴⁷ ESMEIN, *Les théories de la possession en Allemagne*, NHR, 1877, pp. 489-500.

⁴⁸ BUFNOIR, *Propriété et contrat*, 1900, reimpressão, LGDJ, 2005.

⁴⁹ SALEILLES, *Éléments constitutifs de la possession*, 1894; *La possession des meubles*, 1907.

⁵⁰ VERMOND, *Théorie générale de la possession en droit romain*, 1895.

sobre ela. A oposição a Savigny torna-se uma oposição à tese dos exegetas e insere-se globalmente em uma vontade de renovação dos métodos de interpretação e das fontes do direito positivo.

Apresentar Savigny como responsável pelo sucesso de Jhering seria exagerar um pouco as coisas, mas, de certo modo, a afirmação e o reconhecimento de sua teoria da posse vêm justificar a argumentação doutrinária em favor de uma concepção objetiva da posse.⁵¹ Em contrapartida, algo curioso, mas, ao fim, habitual: os opositores da teoria objetiva no início do século XX justificarão a tradição francesa mais subjetivista por meio de uma aproximação das teses sustentadas em direito romano um século antes por Savigny.

No início e ao longo do século XX, as opiniões dos protagonistas da controvérsia Savigny-Jhering sobre os fundamentos da posse estarão desconectadas de um questionamento sobre o direito romano por serem tratadas diretamente no âmbito da análise do regime positivo da posse. Nesse ponto pode-se notar um sucesso de Savigny, pois, contrariamente a um Troplong, que admitia a pertinência de suas teses em direito romano, mas desqualificava-as em direito positivo em virtude das particularidades nacionais, PICARD⁵² considerá-las-á elucidativas do direito positivo, apesar de não aderir a elas completamente.

O tom persiste pelo resto do século XX, mas, por outras razões, não mais será Savigny que permitirá explicar o direito positivo da posse; a doutrina francesa terá mudado de referencial interpretativo ao abandonar o direito romano (mesmo que renovado pela análise comparatista) em favor de um direito positivo auto-interpretado pela jurisprudência.⁵³ Em relação ao *direito das obrigações*, as mudanças ocorrerão de modo ligeiramente diferente, mas a conclusão será a mesma.

II - O Direito das obrigações

10. Parte geral

No prefácio ao oitavo volume do *System*, Savigny deixa transparecer que sua obra maior ficará inacabada; fatalista, ele não demonstra crer em que ainda terá tempo de redigir as quatro partes anunciadas (Direito das coisas, Direito das obrigações, Direito de família, Direito das sucessões), mas decide reformar a sua proposta, ao que convida o seu leitor a não na trair: “considero, presentemente, os oito volumes que publiquei uma obra completa, a cujo título devemos adicionar, com o pensamento, *Parte geral*. Publicarei a parte especial do *System* não como continuação da parte geral, mas como diversas obras distintas, a começar pelo direito das obrigações, não pelo direito das coisas, como propunha no meu plano primitivo. Estas obras distintas parecerão ter a forma exterior de monografias, sem delas resguardar o caráter essencial, que defini no primeiro volume; e serão escritas absolutamente do mesmo ponto de vista que teriam sido escritas não tivesse eu em nada modificado meu

⁵¹ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n.º 2311; vide, igualmente de modo conciso, HUC, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. XIV, p. 427 e p. 463.

⁵² PLANIOL, RIPERT e PICARD, *Traité pratique de droit civil*, t. III, n.º 143 e s.

⁵³ BOUDOT, *Le dogme de la solution unique*, Tese, Aix-en-Provence, 1999.

plano”.⁵⁴ Esse anúncio relativamente à publicação que se seguiria do *Direito das obrigações* teve efeitos imediatos,⁵⁵ seus dois volumes foram publicados em 1851 e 1853, e verificaremos que, ao buscar as marcas deixadas pelo *Direito das obrigações*, encontraremos, necessariamente, aquelas deixadas pelo próprio *Sistema*.⁵⁶ Elas são, aliás, numerosas: teoria da personalidade jurídica,⁵⁷ teoria dos direitos subjetivos,⁵⁸ teoria do ato abstrato.⁵⁹

O conceptualismo de Savigny e o espírito do *Sistema* tiveram particular repercussão⁶⁰ e infiltram-se, forçosamente, no pensamento civilista francês quando começa a manifestar-se a questão da recodificação do Código Civil. Sob a influência dos romanistas, mas também sob a égide dos civilistas — com comparatistas encabeçados por Bufnoir, a doutrina francesa aventura-se em elaborar *teorias gerais* no seio das quais o conceito romano posa como referencial interpretativo, e o direito romano, no seu todo, mostra-se como um sistema de interpretação diferenciada.⁶¹ Ao longo do século XX, o espírito das *teorias gerais* subsistirá, mas a referência romanista desaparecerá, pouco a pouco, da literatura civilista; o que constituiu, sem dúvida, um dos verdadeiros sucessos de Savigny, ou seja, ter convencido a doutrina a utilizar os recursos interpretativos contidos no direito romano para aplicar os direitos nacionais, adquirirá, na França, a triste cor da deserção científica dos estudos de direito romano.

11. Parte especial

O *Direito das obrigações* não desperta o mesmo interesse histórico que o *Tratado da posse*, pois, mesmo que considerado a mais perfeita realização de Savigny,⁶² ele se situa em um momento histórico onde a essencialidade dos ensinamentos do jurista já foi ouvida e recepcionada. Ele não tem o poder fundador dos primeiros textos, e seus discípulos franceses não mais são jovens ávidos por reconhecimento científico. Mesmo assim, terá um lugar notável durante os anos 1880-1910, em razão de sua coincidência com a atenção dispensada pelos juristas franceses aos trabalhos preparatórios do Código Civil alemão. Constituirá um dos pontos de partida da renovação dos conteúdos e do tratamento, como um todo, da noção de obrigação. Savigny aborda, na obra, a matéria relativa às obrigações por meio de

⁵⁴ SAVIGNY, *System*, Bd. 8., 1849, pp. VIII-IX, trad. de Guénoux, 1851, v. 8, pp. 3-4; sobre os legados de Savigny ao Direito Internacional Privado, vide SYNDET, *Avant-propos à la réimpression de la traduction française du VIII^e volume du System*, Ed. Panthéon-Assas, 2002.

⁵⁵ O prefácio ao primeiro volume do *Direito das obrigações* segue a mesma linha que aquele ao 8^o volume do *Sistema*.

⁵⁶ Onde Kant se escondia por detrás do plano dos manuais das Pandectas, vide VILLEY, *La doctrine du droit dans l'histoire de la science juridique*, prefácio a KANT, *Métaphysique des moeurs*, trad. de Philonenko: “pode-se legitimamente falar de uma invasão da ciência jurídica contemporânea pela filosofia kantiana. A grande escola pandectista do século XIX, ao elaborar aquilo a que chamou ‘Parte geral’ do Direito, remodelou as definições de pessoas, de direitos subjetivos, da propriedade, dos contratos, do ato jurídico, etc [...] em uma atmosfera infestada pela filosofia de Kant”. Diversamente, no entanto, vide Peter STEIN, *Roman law in european history*, 1999, p. 123; acerca do programa de Savigny-Puchta e da influência kantiana, vide JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, pp. 40 e s., 173 e s., 183.

⁵⁷ HENRI CAPITANT, *Introduction à l'étude du droit civil*, 1898, 5^a ed., 1928, n.º 148; SALEILLES, *De la personnalité juridique (Histoire et théories)*, Rousseau, 1910.

⁵⁸ COING, *La signification de la notion de droit subjectif*, *Arch. phil. droit* 1964, pp. 1 e s.; GHESTIN e GOUBEAUX, *Introduction générale*, 1977, n.º 163 e s., sobretudo n.º 179; WITZ, *op. cit.*, n.º 572.

⁵⁹ THALLER, *De la nature juridique du titre de crédit*, *Ann. Dr. Commercial* 1906, pp. 6 e s., 110 e s., 1907, pp. 9 e s., 97 e s., n.º 133.

⁶⁰ É, no entanto, sobretudo Puchta que carrega a etiqueta de *Begriffsjurist*, JOUANJAN, *op. cit.*, p. 174.

⁶¹ BOUDOT, *Claude Bufnoir (1832-1898), avec les textes pour assises mais au dessus des textes et par delà les textes*, apresentação da reedição de BUFNOIR, *Propriété et contrat*, LGDJ, coleção Faculdade de Direito de Poitiers, 2005.

⁶² DEMANGEAT, síntese da tradução francesa de Gérardin e Jozon em RHD, 1863, pp. 379-380.

exposições teóricas da sua natureza, que encontra aplicação às espécies de obrigações previstas a partir de sua fonte:

- I. Natureza das obrigações
 - 1. Noção de obrigação
 - 2. Diversas espécies de obrigações
 - 3. Pessoas-parte da obrigação
 - 4. Objeto da obrigação
- II. Fontes da obrigação
 - 1. Contrato
 - 2. Delito
 - 3. *Variae causarum figurae*

Esse plano, bastante próximo daquele que Windscheid seguirá,⁶³ opõe-se formalmente à maneira de tratar o direito da obrigações segundo a ordem do Código Civil francês. Na primeira parte, Savigny propõe uma teoria da obrigação, uma classificação das obrigações, uma teoria das partes da obrigação, etc. e contempla, apenas na segunda parte, os diferentes regimes de obrigações a partir das suas fontes. É essa maneira de proceder, ecoando o plano do *System*, que será utilizada para estruturar o BGB. Os seus prefaciadores recomendaram-nos reter as novas teorias de Savigny relativas às obrigações naturais, às obrigações indivisíveis e solidárias, ao dinheiro, à representação, aos títulos ao portador ou mesmo à natureza dos atos ilícitos.⁶⁴

12. A impressão

Naturalmente, a obra receberá uma acolhida bastante favorável por parte dos historicistas que militam em favor da difusão do programa da escola histórica; ela também se dará, no entanto, bastante rapidamente, por meio de referências contidas nos tratados de direito civil. As primeiras referências ao *droit des obligations* aparecem em Demolombe;⁶⁵ e, contrariamente à posse, este último terá a oportunidade de esquematizar uma teoria da obrigação no comentário aos artigos 1101 e seguintes, mas o gênero literário e, sobretudo, a limitação do plano do Código Civil não lhe permitirão abordar a obrigação a partir da autoridade de uma teoria geral. Savigny parece ter sido considerado por Demolombe como um autor de referência graças à tradução de Gérardin e Jozon de 1863, e serve-lhe de ponto de referência histórico-comparatista, mas, como seus contemporâneos, Demolombe dissocia ainda direito positivo francês e direito romano.⁶⁶

Nos anos 1880-1890, entretanto, sob a ação conjunta do desenvolvimento dos estudos comparatistas e da focalização de uma grande parte da doutrina francesa no direito alemão, os modos de exposição do direito civil francês serão consideravelmente modificados. Saleilles elabora para o *Bulletin de la société de législation comparée* um *Estudo sobre a teoria geral das*

⁶³ Que não será traduzido em francês; contrariamente, vide WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, 1902.

⁶⁴ Prefácio dos tradutores, Gérardin e Jozon, a SAVIGNY, *Le droit des obligations*, 1863 (2ª ed., 1873).

⁶⁵ *Cours de Code Napoléon*, XXIV, 1868, p. 7; outra menção ao *System* em XXX, 1878, p. 266, a propósito da força da coisa julgada.

⁶⁶ Na dissertação que consagram ao pagamento e às obrigações naturais, BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE dispensam atenção particular ao pensamento de Savigny, mas relegam-no à explicação do direito romano, em companhia de Machelard, Accarias e outros romanistas; vide *Traité théorique et pratique de droit civil, Les obligations*, t. II, 3ª ed., 1907, n.º 1653 e s.

obrigações a partir do projeto do Código Civil alemão (1889). Sua ambição é bastante clara: propor uma reforma do direito civil francês tendo o direito alemão como modelo.⁶⁷ O estudo do direito das obrigações empreende-se pela introdução de uma parte geral consagrada à obrigação mesma e, em seguida, às suas fontes. Ainda é esse o modelo dos manuais das Pandectas adotado por Savigny e Windscheid.

I. Da obrigação em si mesma

1. Objeto da obrigação
2. Efeitos da obrigação
3. Extinção da obrigação
4. Transmissão da obrigação
5. Da pluralidade de credores ou devedores em matéria de obrigação

II. Fontes da obrigação

1. Do ato jurídico considerado como fonte de obrigação
2. Do delito considerado como fonte de obrigação
3. Do enriquecimento sem causa considerado como fonte de obrigação

No mesmo veio dos trabalhos de Saleilles, Marcel Planiol⁶⁸ e Henri Capitant elaboram, o primeiro um tratado, o segundo, um curso elementar cuja primeira parte faz as vezes de parte geral na qual eles propõem, com base no modelo alemão, uma teoria geral dos atos jurídicos,⁶⁹ e uma abordagem das obrigações e de suas fontes em consonância com suas especificidades. A inovação consiste em situar o contrato no campo mais vasto dos atos, embora a teoria dos atos seja apenas uma extensão dos princípios que regem os contratos.⁷⁰

II. As obrigações⁷¹

1. Efeitos das obrigações
2. Modalidades das obrigações
3. Transmissibilidade
4. Modos de extinção
5. Pluralidade de objetos
6. Pluralidade de pessoas
7. Fontes das obrigações

§ 1. Generalidades

Classificação e noções gerais (n.º 805 *et seq.*)

Contratos

Quase-contratos

⁶⁷ SALEILLES, *Etude sur la théorie générale des obligations d'après le projet de Code civil allemand*, Boletim SLC, 1889, pp. 165 *et seq.*; *Etude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil allemand*, Pichon, 1889; acerca das modificações trazidas ao plano inicial no segundo projeto, vide *Etude sur la théorie générale des obligations dans la seconde rédaction du projet de Code civil pour l'Empire d'Allemagne*, Pichon, 1895, que perfarão, em seguida *La théorie générale de l'obligation* (1ª ed., 1904), LGDJ, 3ª ed., 1925; *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, 1901.

⁶⁸ Acerca da opinião que Planiol tinha do lugar de Savigny na história do pensamento, vide BABERT, *Le système de Planiol*, Tese, Poitiers, 2002.

⁶⁹ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I (1ª ed., 1899-1900), n.º 264 *et seq.*

⁷⁰ *De l'intérêt de lire attentivement la littérature du tournant du 20e siècle*, vide o ponto de vista trazido por G. Rouhette sobre o anteprojeto de reforma do direito das obrigações, in RDCom. 2007, p. 1371.

⁷¹ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, (1ª ed. 1899-1901), n.º 156 *et seq.*

Delitos

Quase-delitos

Obrigações legais

Da vontade unilateral como fonte de obrigações

§ 2. Pagamento do indébito

§ 3. Teoria geral da falta

§ 4. Do enriquecimento sem causa

§ 5. Do estelionato

Esse novo plano permite, como prescreve o novo plano de estudos de direito imposto pelo decreto de julho de 1895 (cujo autor foi Bufnoir), estudar o direito civil dissociando uma parte geral das partes especiais. A partir dos anos 1920-1930, no entanto, a doutrina privatista retornará à estrutura clássica para a exposição do direito civil; e, com o tempo, perceber-se-á uma certa diluição das idéias da pandectística, de modo a reencontrar uma leitura acentuadamente mais francesa do direito das obrigações.⁷²

13. Defensores de idéias

Em nível de detalhe, Capitant, Planiol, Saleilles serão os difusores da pandectística e, por conseqüência, do pensamento de um Savigny cada vez mais afastado, na doutrina francesa, do direito das obrigações: a clarificação das obrigações naturais já havia se dado. A obrigação natural, no sentido romano, estritamente procedimental (obrigação não-sancionada por uma ação, mais passível de ser objeto de pagamento válido) terá expressão dissociada da análise tradicional do dever moral.⁷³ Baudry-Lacantinerie parecerá ter apanhado a substancial definição do erro: “de acordo com Donneau, o erro consiste em crer ser verdadeiro aquilo que é falso, e falso, aquilo que é verdadeiro. A definição de Savigny é mais elegante: *erro é a falsa noção que temos de uma coisa*. A maior gradação do erro é a ignorância, que não é senão ausência de qualquer noção”.⁷⁴ Para Planiol, é por meio da teoria da vontade que se reconhecem a influência de Savigny, filtrada por Windscheid, as teorias a-causais,⁷⁵ ou mesmo a concepção teórica dos títulos ao portador.⁷⁶ Planiol se valerá, igualmente, da herança anti-codificadora para compor seu texto contra a recodificação do Código Civil no livro do centenário.⁷⁷

14. Ponto final

O tempo diluirá a influência de Savigny, tanto mais quanto a codificação alemã representar, de certo modo, um repúdio à reanálise, e a página será virada.⁷⁸ Não se dará, no entanto, finalmente a vitória de Savigny? Ele jamais preconizou que o direito local prussiano

⁷² ANCEL, *Acte juridique et de déclaration de volonté: la greffe allemande sur le droit français des obligations*, in Aristec, *Traditions savantes et codifications*, LGDJ, 2007, pp. 161 e s.; BOUDOT, *La classification des sources des obligations au tournant du 20^e siècle*, in MANNINO e OPHELE, *L'enrichissement sans cause, La classification des sources des obligations*, 2^a e 3^a jornadas de estudos Poitiers-Roma Tre, LGDJ, 2007; para indícios da influência de Savigny na *common law*, vide STEIN, *op. cit.*, p. 125.

⁷³ Já em DEMOLOMBE, XXVII, com o auxílio do discípulo de Savigny Machelard, *Des obligations naturelles en droit romain*, COLIN e CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil*, t. II, 1915, n.º 274.

⁷⁴ BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, t. II, n.º 21.

⁷⁵ Windscheid a partir de PLANIOL, t. II, n.º 1037 e s.; vide GHESTIN, *Le contrat*, n.º 278 e s.

⁷⁶ SALEILLES, *La théorie générale de l'obligation*, § 268; WAHL, *Traité théorique et pratique des titres aux porteurs*, 1891.

⁷⁷ PLANIOL, *L'inutilité d'une révision générale du Code civil, Livre du centenaire*, reedição, 2004, p. 955.

⁷⁸ Vide DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. I, *Sources des obligations*, 1923, cujo interesse refere-se, preferencialmente, à literatura italiana que assimilou os ensinamentos da pandectística.

se impusesse ao resto da Europa; cada povo produz seu próprio direito e, ao longo do século XX, a decodificação progressiva do direito francês das obrigações confirmará, nesse aspecto, a previsão da impossibilidade de isolar, em um Código, aquilo que perfaz o âmago de uma legislação.

Meio século após a morte de Savigny, ao mesmo tempo em que a teoria da posse transportava-se ao pensamento jurídico comum, o direito das obrigações retornava a um quase-anonimato. Um século e meio após a sua morte, ainda se cita a primeira, e ignora-se aquilo que o segundo tinha de inovador e estimulante: a obrigação natural, a obrigação co-real, o dinheiro, a representação, os títulos ao portador. Em tempos de uma reflexão continental sobre o direito das obrigações, uma releitura dos clássicos do direito europeu não faz mal algum.⁷⁹

⁷⁹ SAVIGNY, *Le droit des obligations*, LGDJ, coleção da Faculdade de Direito de Poitiers, a ser publicado em 2008.

PROJETO DE COOPERAÇÃO CAPES-COFECUB: UNIÃO EUROPÉIA E MERCOSUL: CONVERGÊNCIAS E DIVERGÊNCIAS ENTRE PARCEIROS EM TRANSFORMAÇÃO

Pesquisadores Responsáveis:

Martha Lucía Olivar Jiménez (PPGDir.-UFRGS)

Catherine Flaesch-Mougin (Univ. de Rennes I - CEDRE)

1. Caracterização do problema e plano de trabalho

A análise comparativa das duas experiências integracionistas será realizada fundamentalmente em dois níveis:

I – Estrutura interna: aspectos institucionais e contenciosos

Os dois agrupamentos regionais encontram-se em diferentes graus de integração e fazem uso de diferentes métodos. Os desenvolvimentos recentes do Mercosul e da União Européia reavivam o interesse por uma comparação. Esta se focalizará sobre alguns pontos em especial, nos quais as contribuições normativas e jurisprudenciais mostram-se particularmente importantes.

O surgimento de ordenamentos jurídicos autônomos caracterizados pela presença de fontes próprias, uma hierarquia de normas, sua invocabilidade por particulares e a existência de um controle jurisdicional. Se a ordem jurídica comunitária está bem estabelecida, a da União, em contrapartida, na falta da adoção de um tratado constitucional, está meramente esboçada - tarefa para que a Corte vem contribuindo (ver caso Pupino de 16 de Junho de 2005 no qual emergem os princípios de um direito da União). A ordem jurídica do MERCOSUL apresenta-se bastante precária, contudo, esforços pela sua consolidação em nível institucional, assim como nas ordens jurídicas nacionais, devem ser constatados nos últimos cinco anos. Desde 18 de fevereiro de 2002 foi criado um Tribunal Permanente de Revisão, tal vez um dos primeiros passos para a constituição futura de um sistema jurisdicional supranacional. A comparação com os instrumentos disponíveis no âmbito da Corte de Justiça da União é, assim, bem interessante. O Tribunal pode converter-se num dos motores de processo de integração no Cone Sul.

Os princípios fundadores dos dois processos de integração e sua concretização: democracia, respeito aos direitos do homem, estado de direito, solidariedade. É interessante constatar que o respeito dos Direitos Humanos constitui uma condição

essencial para a adesão de um Estado em qualquer uma destas organizações. A Cláusula dos Direitos Fundamentais é parte integrante do “acervo comunitário” e do “acervo mercosulino”. De outra parte, a transformação da Comissão Parlamentar Conjunta no Parlamento do Mercosul representa uma evolução significativa do ponto de vista da defesa da democracia. Neste aspecto um certo mimetismo institucional com o Parlamento Europeu pode ser verificado.

A personalidade jurídica: entre reconhecimento expresso (Mercosul/ Comunidades) ou implícito (União), e desenvolvimentos práticos nas relações internacionais das duas entidades (acordos mistos que requerem a presença dos Estados membros, adesão da União e do Mercosul a outras organizações internacionais).

A ampliação dos processos de pré-adesão: a União Européia e o Mercosul e seus respectivos processos de alargamento; uma comparação entre os dois processos é oportuna do ponto de vista dos critérios de adesão, das exigências em matéria de retomada do acervo de cada uma, do status dos futuros membros em relação às instituições das quais farão parte... Se a questão tem sido frequentemente analisada no âmbito comunitário europeu não tem sido assim no Mercosul, mas a proposta de adesão de Venezuela obrigou a regulamentar a questão. A análise comparativa dos procedimentos permitira determinar os problemas e perspectivas que se apresentam no Mercosul.

Grupo de trabalho sobre o Tema:

Professores de Rennes: Catherine Flaesch-Mougin, Murielle Le Barbier-Le Bris, Chritine Delcourt, Nathalie Hervé-Fournereau, Susana Arrosa Soares.

Professores de Porto Alegre: Martha Lucía Olivar Jimenez, Vera Maria Jacob de Fradera.

Doutorandos de Rennes: Sylvain Laurent, Cécile Rapoport, Isabelle Bosse-Platière.

Doutorandos de Porto Alegre: Priscilla Abella Ethur, Ricardo Rocha de Vasconcellos (post-doc, Université Fédérale de Pelotas).

II – Relação União Européia/Mercosul

O acordo-marco que vincula os dois grupos regionais é histórico. Trata-se efetivamente do primeiro acordo entre duas uniões alfandegárias, ainda que o Mercosul seja uma união alfandegária imperfeita. O objetivo essencial será estudar os obstáculos que se apresentam no âmbito das negociações, assim como as implicações jurídicas da parceria que resultaria da implementação do acordo.

Estudo do direito convencional entre a Comunidade Européia e o Mercosul: Acordo marco inter-regional CE/MERCOSUL, acordos bilaterais de “terceira geração” entre a CE e os Estados membros do Mercosul, acordos setoriais (cooperação científica...). Programas unilaterais cujo objetivo é o de complementar ou prolongar certas áreas dos acordos (SPG).

Perspectivas abertas pela associação. Será interessante analisar comparativamente os acordos de “associação” CE/México e CE/Chile, na medida em que a União pretende uniformizar suas relações com o conjunto de países e agrupamentos regionais do subcontinente latinoamericano. Em esta perspectiva foram apresentadas na Címera de Viena, em maio de 2006, as negociações com os países do Mercado Comum Centroamericano.

Situação e razões do bloqueio das negociações. As divergências entre parceiros concentram-se na proposição européia à questão agrícola julgada insatisfatória pelo Mercosul. Os europeus procuram obter uma maior abertura do setor de serviços e mercados públicos.

Articulação com a OMC a respeito dos critérios colocados pelo artigo XXIV do GATT, relativo às integrações regionais (prazo da realização da zona de livre câmbio, nível da liberalização dos intercâmbios entre os dois parceiros comerciais); estudo do alcance do futuro acordo (o desenvolvimento de uma estratégia “OMC plus” nas áreas não regulamentadas pela “legislação OMC” como investimentos, concorrência, transportes marítimos, etc.).

Impacto potencial da associação: de dois pontos de vista: *interno*: criação de um direito de associação, estatuto e impacto nos ordenamentos jurídicos das partes; *externo*: capacidade dos parceiros de prolongar sua parceria “estratégica regional” dentro dos limites internacionais e de promover normas que “humanizem” a globalização; o impacto da homogeneização das relações euro-latino-americanas na estruturação da região.

Grupo de trabalho sobre o Tema:

Professores de Rennes: Joël Lebullenger, Alexandra Bellayer-Roille, Danielle Charles-Le Bihan.

Professores de Porto Alegre: Valesca Raizer Borges, Heloisa Conceição Machado Da Silva, Raul Rojo.

Doutorandos de Rennes: Jamel Kasmi, Alan Hervé, Clara Avril, Sébastien Roset.

Doutorandos de Porto Alegre: Maria Cristina D’Ornellas, Kelly Cristina Bruch.

2. Antecedentes de cooperação com a parte francesa

O CEDRE, tendo empreendido a constituição de uma rede internacional sobre o direito da integração (abordagem comparada dos processos de integração regional – na América Latina, na Ásia, na zona “África-Caribe-Pacífico” e no Mediterrâneo – assim como o exame das relações exteriores da União Européia com seus grupamentos), deseja estabelecer e reforçar cooperações institucionais com os parceiros latino-americanos, liderados pelo Brasil.

Com efeito, o CEDRE estabeleceu **fora da União Européia** relações de colaboração com a Escola doutoral regional da África Ocidental, localizada no Senegal (Universidade Cheik Anta Diop de Dakar), com o Centro de Estudos Europeus e de direito da integração de Ouagadougou, em Burkina Faso, com a Universidade Federal

do Rio Grande do Sul, assim como contatos com a Universidade de Ottawa (Canadá), com o Líbano, com a Turquia. **No âmbito da União Européia**, o CEDRE colabora com os numerosos centros universitários Jean Monnet e mantém laços particularmente privilegiados com o Instituto Europeu de Gand e, no além-mar com o Centro de Pesquisas sobre os Poderes Locais no Caribe – CRPLC UMR CNRS – Universidade das Antilhas, Guiana.

São organizados reiteradamente congressos internacionais que permitam manter ativa essa rede. O primeiro aconteceu em 1996, em Rennes, e tratou do tema “A parceria entre a União Européia e as Américas: o livre-comércio em questão” (escritos publicados sob a direção de Joël LEBULLENGER e Catherine FLAESCH-MOUGIN, publicado por PUF, 1999, 376 páginas); o segundo, organizado conjuntamente pelo CEDRE e pelo CRPLC, ocorreu na Faculdade de Direito da Martinica, nos dias 9 e 10 de Novembro de 2000, e teve como tema “As relações entre a União Européia e os países ACP segundo o modelo de Lomé – qual parceira?” (a ser publicado pela editora Bruylant, Bruxelas, em 2006). Dele participaram membros das duas equipes CNRS, assim como os professores Luc Marius IBRIGA da Universidade de Ouagadougou (Burkina Faso) e Martha Lucia OLIVAR JIMENEZ da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil). O contato pessoal com essa última, retomado num congresso organizado pela European Community Studies Association (ECSA WORLD), em Bruxelas, nos dias 19 e 20 de setembro de 1996 (“A União Européia em um mundo em transformação”), após uma visita efetuada ao CEDRE, foi o prelúdio à realização de uma missão ao Brasil empreendida pelos professores J. LEBULLENGER e C. FLAESCH-MOUGIN dos dias 19 de junho de 2000 a 3 de julho do mesmo ano. As professoras M.L. OLIVAR JIMENEZ e Véra Jacob de FRADERA foram, para tanto, atores fundamentais.

Durante essa estada, os professores J. LEBULLENGER e C. FLAESCH-MOUGIN deram aulas sobre o sistema comercial internacional (OMC) e sobre as relações entre a União Européia e o Mercosul. As professoras M.L. OLIVAR JIMENEZ e Véra Jacob de FRADERA tornaram possíveis, além disso, encontros com diversos universitários de Porto Alegre e com alguns dos juízes da Escola da Magistratura Federal do Estado do Rio Grande do Sul, assim como com seu diretor, o que foi o objetivo prioritário da missão. Contatos no Rio de Janeiro foram igualmente estabelecidos, especialmente com o diretor da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade do Rio, ASSIS de ALMEIDA.

Desde então, intercâmbios regulares foram mantidos: mobilidade de estudantes (ver quadro final), cooperação científica. O Instituto das Américas foi criado em Rennes (IDA-Rennes, Pólo descentralizado do Instituto das Américas da França) e permitiu reforçar a parceria conferindo-lhe uma dimensão inter-disciplinar. O IDA oferece uma cátedra permitindo acolher professores e pesquisadores das Américas. A Professora Martha L. OLIVAR JIMENEZ esteve em Rennes durante o mês de setembro de 2005 e por quatro dias no mês de janeiro de 2006, nessa qualidade. Participou na “Université Européenne” organizada conjuntamente pelos Pólos de Excelência Jean Monnet de Rennes e de Grenoble. Foi responsável, junto com o Professor JOEL LEBULLENGER do atelier relativo à “Parceria estratégica entre a União Européia e

a América Latina”. As Universidades de Verão permitem acolher estudantes de diferentes continentes. Igualmente a Professora OLIVAR JIMENEZ organizou um seminário de pesquisa, no CEDRE, sobre a evolução jurídica do MERCOSUL.

3. Objetivos e metas

Objetivo geral:

Promover e facilitar o aprofundamento da cooperação entre os dois grupos de pesquisadores dedicados a áreas de conhecimento complementares (direito da Integração Regional e Direito Internacional), garantindo resultados mais eficientes na análise das diferentes questões.

Objetivos Específicos:

1. Contribuir com a inserção internacional dos programas de pós-graduação de Direito e de Relações Internacionais da UFRGS mediante a orientação de dissertações de mestrado e teses de doutorado, assim como a realização de co-tutelas e de publicações em conjunto.

2. Organizar eventos científicos para a discussão e aprofundamento das diferentes questões compreendidas no projeto e para permitir a eventual cooperação com pesquisadores de outras universidades brasileiras e do Cone Sul. Tais atividades constituirão um incentivo às atividades de extensão da Faculdade de Direito e do Mestrado de Relações Internacionais.

3. Criação de um banco de dados especializado nas questões relativas à integração europeia e latino-americana, assim como o relacionamento internacional dos dois processos perante terceiros Estados e Organizações Internacionais.

4. Contribuir com a formação de especialistas nas áreas de Direito Comunitário, Direito Comercial Internacional, Relações Internacionais, assim como a capacitação de professores de Direito Internacional Público e de Direito da Integração Regional.

5. Incentivar a realização de trabalhos de pesquisa em temas relacionados e a prestação de serviços de consultoria nas questões de Direito Internacional Comercial, particularmente no relativo à solução de conflitos internacionais.

4. Metodologia e estratégia de ação

O método escolhido para a obtenção dos resultados é a análise comparativa, sistêmica e teleológica. Ênfase será dada ao estudo do direito das integrações regionais e de suas relações recíprocas. O estudo do direito gerado do desenvolvimento futuro do acordo de associação será realizado à luz do sistema jurídico da OMC. A reflexão se centrará na comparação e na compatibilidade dos sistemas jurídicos específicos, assim como sobre o grau de convergência de seus fins.

O caráter dominante das ciências jurídicas e das relações internacionais justifica a aproximação normativa e jurisprudencial sem deixar de lado o exame da prática nem a análise inter-disciplinar das diferentes questões, principalmente no âmbito do IDA e da parceria com outras universidades e centros de pesquisa brasileiros.

Fora da execução do plano de trabalho apresentado na primeira parte do projeto, duas atividades específicas são previstas:

A elaboração de uma obra coletiva, com análises comparativas sobre as questões relacionadas aos aspectos institucionais e contenciosos do relacionamento, a ser apresentada ao final do primeiro ano e meio de execução do projeto (julho 2008). Outra publicação, sobre o relacionamento específico dos dois blocos, deveria ser concluída para o período final do projeto (dezembro 2010).

A realização de dois “workshops”: um em Porto Alegre organizado no segundo semestre de 2007, com a participação de pesquisadores de outras universidades brasileiras (em particular a Fundação Universitária Ritter dos Reis, a Universidade Federal de Santa Catarina, a FRUB-Universidade Regional de Blumenau, a UNIFRA de Santa Maria, a Universidade Federal de Pelotas) e do Cone Sul (particularmente a Universidade de Buenos Aires, a Universidade Nacional do Litoral, a Universidade da República – Uruguai). Outro evento seria organizado no primeiro semestre de 2009 em Rennes, com a participação de professores e investigadores do Instituto das Américas – Rennes e do Centro de Excelência Jean Monnet.

LES LEÇONS DE LA RÉUNION PRÉPARATOIRE DE PORTO ALEGRE POUR LA CONFÉRENCE SPÉCIALISÉE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ – CIDIP VII – SUR LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS ET DES NÉGOCIATIONS SUBSÉQUENTES^{*1}

Cláudia Lima Marques²

Introduction

En décembre 2006 eût lieu, à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS -Porto Alegre, Brésil), la Réunion Préparatoire de la *Conférence Spécialisée en Droit International Privé* (CIDIP VII) sur la protection des consommateurs sous les auspices de l'OÉA, du Ministère de la Justice et du Ministère des Relations Étrangères du Brésil, grâce à la collaboration du gouvernement de l'État du Rio Grande do Sul et sous l'organisation de la UFRGS et de l'Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor-Brasilcon (Brasília)³.

^{*} Traduit du portugais par Hughes Brisson, étudiant à l'Université du Québec à Montréal (UQAM) au bac. en relations internationales et droit international, durant son année de stage et d'échange à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS).

¹ Étude préparée pour les «*Jornadas de Protección al Consumidor*», du CEDEP (*Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política*), Paraguay, octobre 2007, CEDEP, Assunción, Paraguay. Publié en portugais, «*As lições da reunião preparatória de Porto Alegre da Conferência Especializada de Direito Internacional Privado-CIDIP VII de proteção dos consumidores e das negociações posteriores*», in FERNANDEZ ARROYO, Diego and MORENO RODRIGUEZ, José A. *Protección de los Consumidores en America-Trabajos de la CIDIP VII (OEA)*, Le Ley-CEDEP, Asunción, 2007, p. 179-208. Traduction de Hughes Brisson (UQAM-Montréal, UFRGS-Porto Alegre). Les opinions exprimées dans cette étude ne sont pas officielles et ne représentent pas nécessairement celles de la délégation brésilienne pour la CIDIP VII. Elles sont mes opinions personnelles en tant que Professeure titulaire de Droit International Privé à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS) et ne découlent pas d'appuis, de pressions ou de consultations de la part du gouvernement brésilien.

² Professeure titulaire de Droit International Privé à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul, Docteure en Droit (Université de Heidelberg, Allemagne). Maîtrise en Droit Civil et Droit International Privé (Université de Tübingen, Allemagne) et spécialisée en Intégration Européenne (Europa-Institut, Saarbrücken, Allemagne). Ex-présidente de l'*Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor*. Directrice de l'Association internationale de Droit de la Consommation, Bruxelles. Directrice de la *International Law Association - Brazilian Branch*, Londres. Directrice de la *DLJV - Associação Luso-Germânica de Juristas*, Berlin. Déléguée brésilienne lors de la réunion préparatoire pour la CIDIP VII sur la protection des consommateurs.

³ La convocation se lisait comme suit (traduction libre) : «*La Présidence de la Commissions des questions juridiques et politiques a l'honneur de s'adresser aux Missions permanentes et aux Missions observatoires permanentes de L'OÉA en rapport aux travaux préparatoires pour la septième Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé (CIDIP-VII) et se permet de les informer que, dans le but de continuer les travaux préparatoires de la CIDIP-VII dont la méthodologie fut établie par le Conseil Permanent de l'OÉA (document CP/CAJP-2309-05), le Département de Protection et de défense du consommateur du Secrétariat de droit économique du Ministère de la Justice du Brésil (DPDC/SDE/MJ), avec la collaboration de l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul (UFRGS) et l'Institut brésilien de politique et de droit du consommateur (BRASILCON), organisent une réunion préparatoire. Lors de cette réunion seront discutés les documents approuvés suivants: 1) la proposition des États-Unis d'Amérique (ÉUA) d'une loi modèle sur les mécanismes de restitution monétaire pour les consommateurs; 2) la proposition du Brésil intitulée «Une convention interaméricaine sur la loi applicable à certains contrats et relations de consommation» et 3) la proposition du Canada d'une «loi-modèle sur la juridiction et les règles de conflit de lois dans les contrats de consommation». La réunion se tiendra à l'UFRGS dans la ville de Porto Alegre au Brésil, les 2, 3 et 4 décembre 2006.»*

Le but de cet article est d'apporter une réflexion sur les leçons qui peuvent être tirées de cette importante réunion préparatoire, laquelle permit une analyse des trois propositions pour la conférence finale de la CIDIP-VII sur la protection des consommateurs (les propositions brésilienne, canadienne et étasunienne), ainsi que sur les négociations qui suivirent au sein de l'informel «groupe de travail de rédaction»⁴.

Ainsi, j'aimerais diviser cette étude en deux parties : la première, plus générale, sur la réunion de Porto Alegre, ses antécédents et les avancements qu'elle engendra. La seconde partie cherche à dégager les consensus généraux (ou les leçons) atteints autour des propositions présentées par le Brésil, le Canada et les États-Unis d'Amérique (ÉUA) lors de la réunion, les dialogues possibles ainsi que l'état actuel de la question.

Avant de commencer ce rapport, j'aimerais d'abord vous offrir mon témoignage personnel sur l'énorme évolution de la proposition brésilienne, d'autant plus que je fus l'auteur de la proposition initiale en 2000⁵. Cette proposition d'une «Convention Interaméricaine sur le droit applicable à certains contrats et relations de consommation», approuvée par le gouvernement brésilien, se retrouve aujourd'hui grandement améliorée grâce aux contributions, aux suggestions et aux critiques des experts et des délégués présents au Forum Virtuel, à la réunion de Porto Alegre et lors des négociations qui suivirent. Cet article, d'une certaine façon, est un remerciement aux collègues, aux experts et aux délégués m'ayant accompagnée au long de ce cheminement.

Je voudrais remercier particulièrement, non seulement en tant que membre de la délégation brésilienne mais aussi en tant qu'académiste, toutes ces excellentes et brillantes suggestions et ce dialogue empreint de tolérance et de sincérité, qui a permis de construire un échange d'opinions riche, ouvert et fort fructueux. Celui-ci permit de démontrer la profonde bonne volonté et le grand intérêt porté envers la protection des consommateurs de la part de toutes les honorables délégations et des experts indépendants (d'Argentine, d'Uruguay, du Paraguay, d'El Salvador, de la Bolivie, du Pérou, du Costa Rica, de Panama, du Mexique, des États-Unis et du Canada) qui participèrent à ce processus. Je profite aussi de l'occasion pour remercier mes collègues brésiliens. Je suis consciente que la proposition brésilienne (qui en est maintenant à sa

⁴ Voir WILSON, John. «Introducción al Sistema Interamericano de Derecho Internacional Privado: El proceso de la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VII) y la cooperación internacional en materia de Derecho Internacional Privado», in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir / UFRGS*, N.V, mars 2006, p.13-19 ou www.oas.org.

⁵ Voir la proposition originale d'une CIDIP sur la protection des consommateurs in LIMA MARQUES, Claudia. «A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo», in *Revista do Tribunal* (São Paulo), vol. 788, juin 2001, année 90, p.11-56. Aussi publiée en espagnol en Argentine : «A insuficiente protección del consumidor en las normas de DIPr. – Da necessidade de uma Convenção Interamericana sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo», in *El Futuro de la codificación del Derecho internacional privado en America – De la CIDIP VI a la CIDIP VII*, Fernández Arroyo, Diego e Mastrangelo, Fabio (org.), Alveroni : Córdoba, Argentine, 2005, p.105-165. Et, finalement, publiée au Canada en anglais et en français : «Consumer Protection in Private International Law Rules : the need for an interamerican Convention on the law applicable to some consumer contracts and consumer transactions (CIDIP)», in *Regards croisés sur les enjeux contemporains du droit de la consommation*, Thierry Bourgoignie (dir.), Éditions Yvon Blais, Cowansville (Québec), Canada, 2006, p.145-190.

quatrième et finale version) se trouve aujourd'hui consolidée et plus mûre grâce à ce dialogue vertueux et fructueux. D'autant plus que, durant mon cours à l'OÉA au mois d'août 2007, les 5 cas hypothétiques impliquant la proposition brésilienne, gentiment envoyés par l'honorable délégation étasunienne, ont pu être résolus par les étudiants – et diplomates – de 15 pays membres différents de l'OÉA en moins de 10 minutes, démontrant ainsi la fonctionnalité et l'efficacité que la codification d'une norme semblable au sein des Amériques permettrait. La dette du mouvement de défense des droits des consommateurs envers ce groupe d'intellectuels, d'experts et délégués et envers leur sérieux et fructueux travail est importante. Voyons donc maintenant les détails sur la réunion.

I – La réunion préparatoire de la CIDIP VII sur la protection des consommateurs: antécédents, textes présentés et avancées réalisées.

Du premier au six décembre 2006, se réunirent à Porto Alegre cinquante experts et délégués de 11 pays des Amériques (Argentine, Bolivie, Brésil, Canada, Costa Rica, El Salvador, États-Unis, Mexique, Panama, Paraguay, Uruguay), quelques invités spéciaux provenant de diverses organisations, entre autres de la Conférence de Droit International de LaHaye (Pays-Bas), de *Consumers International* (Londres), de la *International Association of Consumer Law* (Belgique/Canada), de la *International Association of Judges* (Rome) et de la *International Law Association* (Londres)⁶, ainsi que des représentants de vingt-cinq universités provenant du Brésil, d'Argentine, d'Uruguay, du Paraguay, d'Allemagne (dont l'Institut Max-Planck de Hambourg), d'Italie et d'Amérique du Nord. La réunion fut ouverte par un discours du président mondial de *Consumers International* (Londres, anciennement IUOCO) qui réunit plus de 200 associations de défense des consommateurs de 105 pays. Ensuite, fut lu un message du président de la *International Association of Consumer Law* (Belgique/Canada), une organisation non gouvernementale à vocation scientifique, souhaitant succès à la réunion et aux travaux préparatoires de la CIDIP-VII sur la thématique de la protection des consommateurs.

Nous nous pencherons maintenant sur les détails de cette réunion, ses antécédents, les textes qui y furent présentés ainsi que leur version finale (jusqu'à maintenant du moins) et essaierons d'identifier quel fut le consensus atteint ou les leçons qui peuvent en être retenues.

⁶ Étaient aussi présents, en tant qu'observateurs, des représentants du Mercosur et d'organismes brésiliens intéressés par la défense internationale des consommateurs tels que : *Sociedade Brasileira de Direito Internacional*, IDEC-Instituto de Defesa do Consumidor (São Paulo), *Forum Brasileiro das Associações de Defesa do Consumidor* (São Paulo), *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil* (Brasília), *Ordem dos Advogados do Brasil-Subseção Rio Grande do Sul*, *Forum Rio Grandense das Associações de Defesa do Consumidor* (Porto Alegre), *Associação das Donas de Casa e Consumidores do RS*, *Câmara de Comércio Americana - American Chamber of Commerce* (Porto Alegre), *ACHANC, Associação Brasileira de Direito da Informática-ABDI*, (São Paulo), *Associação Brasileira de Comércio eletrônico-ABCE*, *Tribunal de Justiça do RS, TRF4 Região*, *Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, *Defensoria Pública do RS*, *Procon-RS* et plusieurs autres. Le Secrétariat de la ALADI ne put être présent puisqu'il y avait, au même moment, une réunion à Montevideo. UNIDROIT préféra ne pas envoyer de représentant et l'unique observateur ayant eu voix fut la Convention de LaHaye qui put la parole pour raconter les années de travail et d'études sur le thème de la juridiction de la consommation, lequel thème fut finalement mis de côté par la Convention suite à un plébiscite au sein de ce forum en 2005.

A) Revitaliser les CIDIPs : la réunion de Porto Alegre pour la CIDIP VII sur la protection des consommateurs et ses origines.

1. Un nouveau dialogue est possible entre la tradition civiliste et celle du *Common Law* au sein de l'OÉA

La réunion préparatoire de Porto Alegre s'insère dans un cadre plus large d'efforts de codification du droit international privé au travers des CIDIPs et de revitalisation du système interaméricain⁷. S'inspirant de l'initiative étasunienne en matière de codification internationale du Droit international privé⁸, les CIDIPs sont les *Conférences Spécialisées Interaméricaines sur le Droit International Privé* organisées en tant que processus de codification depuis 1973, à l'échelle de l'OÉA (Organisation des États Américains)⁹, système au sein duquel furent déjà approuvés 26 textes internationaux¹⁰.

Depuis 1990, avec l'entrée dans l'OÉA du Canada ainsi qu'une participation plus active des États-Unis d'Amérique (ÉUA)¹¹, ces *Conférences spécialisées sur le Droit international privé* suscitent davantage d'intérêt international¹² car désormais, elle apportent, selon les mots de Jean-Michel Arrighi, «le défi de concevoir un droit interaméricain au sein duquel il serait possible d'associer le système juridique de type continental (civiliste) à celui de type anglo-saxon (*Common Law*)»¹³.

Ce dialogue représente réellement un défi de taille, mais en est un de grande importance puisqu'il n'est pas souhaité que l'inclusion et la participation plus active¹⁴ de ces deux pays importants dans le système des CIDIPs viennent menacer ou fragiliser le système interaméricain si bien développé par l'OÉA durant son histoire.

⁷ Ainsi comme le démontrent FERNÁNDEZ ARROYO, Diego e MASTRÁNGELO, Fabio (Org.). *El Futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América- De la CIDIP VI a la CIDIP VIII*, Org., Córdoba: Ed. Alveroni, 2005, p. 3 et suiv.

⁸ Voir à ce sujet CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nádia (Coord.), *Integração Jurídica Interamericana- As Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o Direito Brasileiro*, Ltr, São Paulo, 1998, et FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. «La contribución de la OEA al Derecho Internacional Privado», in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, N. V, mars 2006, p. 231 et suiv.

⁹ Voir FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *La Codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina- Ámbito de producción jurídica y orientaciones metodológicas*, Madrid: Eurolex, 1994, p. 37 et suiv.

¹⁰ WILSON, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, N. V, mars 2006, p. 9. 21 documents sont en vigueur aujourd'hui, voir détails in www.oas.org. ARRIGHI, Jean-Michel. *OEA-Organização dos Estados Americanos*. Bauri: Manole, 2004, p. 88 compile plus de 30 conventions. Jusqu'à maintenant, parmi les thèmes principaux des CIDIPs-OÉA, on retrouve: lettres de change, les chèques, les preuves, mandat et représentation, sociétés mercantiles, preuves et informations du droit étranger, domicile des personnes physiques, normes générales de DIP, adoption de mineurs, contrats internationaux, trafic de mineurs, transport terrestre, garanties mobilières.

¹¹ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. «La contribución de la OEA al Derecho Internacional Privado», in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, N. V, março 2006, p. 235.

¹² Voir: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Org.). *El Derecho internacional privado interamericano en el umbral del siglo XXI*, Ed. Eurolex, Madrid, 1997.

¹³ ARRIGHI, Jean-Michel. *OEA-Organização dos Estados Americanos*. Bauri: Manole, 2004, p. 85. Voir aussi, au sujet des CIDIPs: OPERTTI BADAN, Didier, «Estado Actual del Derecho Internacional Privado en ele Sistema Interamericano», *IX Curso de Derecho Internacional*, vol. I, Secretaria General, OEA, 1983 et SIQUEIROS, José Luís. «Contribución de las CIDIP-I, II y III al Desarrollo del Derecho Internacional Privado», *XIII Curso de Derecho Internacional*, Secretaria General, OEA, 1987, p. 159-183.

¹⁴ Soulignant la participation d'un institut prive de recherche étasunien pour la CIDIP V et VI (*Center for Inter-American Free Trade*, Tucson, Arizona), et sollicitant l'inclusion de thèmes davantage portés vers la protection de l'être humain et non seulement vers le commerce; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Derecho Internacional Privado Interamericano*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 96 a 99.

Le danger de rendre inviable le système des CIDIPs peut émaner, selon certains, de deux raisons. D'abord, parce que les EUA et le Canada, des pays fédéraux, de tradition juridique du *Common Law*, auraient de la difficulté à négocier et ratifier des Conventions et pourraient ne prioriser, de façon radicale, que l'application de lois-modèles ou de *soft laws*, alors que le système interaméricain est davantage habitué aux efforts de codification par le biais de Conventions classiques de Droit international privé¹⁵. Ensuite, d'autres diront que le risque vient du fait que les thèmes et les modèles normatifs qui intéressent les pays que l'on désigne de la «famille juridique latino-américaine» (l'expression est de Diego Fernandez Arroyo)¹⁶, comme, par exemple, la protection du consommateur plus vulnérable et la loi applicable aux contrats internationaux de consommation (proposition brésilienne pour la CIDIP-VII), n'intéresseraient pas les pays de tradition du *Common Law*.

Ainsi, selon certains, ces États, déjà fortement industrialisés, ayant auparavant solutionné ces problèmes avec l'adoption de lois nationales, ne seraient pas intéressés par ces thématiques générales. De plus, les modèles normatifs qui intéresseraient les EUA et le Canada, comme, par exemple, l'arbitrage international de consommation (proposition étasunienne pour une des lois-modèles pour la CIDIP VII) ou la juridiction avec la clause du *forum non conveniens* dans les causes impliquant la consommation (proposition canadienne de loi-modèle pour la CIDIP VII), de leur côté, n'intéresseraient pas les pays de la «famille juridique latino-américaine».

Comme l'ont montré les discussions de haut niveau lors de la préparation de la CIDIP VII, ce danger de rendre inviable le système interaméricain n'est, en fait, pas si grand. Selon l'opinion de la doctrine, le forum des CIDIPs et de l'OÉA, déjà habitué au dialogue juridique grâce à celui entre le système du Code de Bustamante et celui des traités de Montevideo de 1888-1889, semble être en condition pour s'affranchir de cette tâche¹⁷.

Tel que l'enseigne M. Erik Jayme, le dialogue ne peut s'initier, en ces temps post-modernes, que dans la conscience des différences et lorsque la pluralité des modèles est considérée en tant que valeur juridique¹⁸. En d'autres mots, le terme «dialogue »

¹⁵ La CIDIP I, à Panama en 1975 approuva 6 Conventions; la CIDIP II, à Montevideo en 1979, approuva 8 Conventions et Documents; la CIDIP III, à LaPaz en 1984, adopta 4 Conventions; la CIDIP IV, à Montevideo en 1989, adopta 3 Conventions; la CIDIP V, à Mexico en 1994, adopta 2 Conventions; mais la CIDIP VI, à Washington en 2002, à cause du protagonisme de ces deux pays, fut la première à ne voir l'adoption d'aucune Convention, on y adopta plutôt une loi-modèle et un «connaissance uniforme» (*Uniforma Bulli*) sur le transport international. Voir: ARRIGHI, p. 88-89 e FERNÁNDEZ ARROYO, Diego e KLEINHEISTERKAMP, Jan. Die VI Interamerikanische Spezial Konferenz für Interationales Privatrecht der OAS (CIDIP VI). Eine Marschroute interamerikanischen rechtlichen Integration, *IPRAX* 2002, p. 340 et suiv. Voir le résumé des CIDIPs dans SIQUIEROS, José Luis. «Reseña General sobre la quinta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP V)», in CIJ-OEA, *El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*, *Curso de Derecho Internacional - vol. I (Parte 1)*, Editor Secretaría General-Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, Washington, 2002, p. 509-519.

¹⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. *Derecho Internacional Privado Interamericano*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 11.

¹⁷ Tel que souligné dans FERNÁNDEZ ARROYO, in *Cadernos do Programa...*, p. 232-233.

¹⁸ JAYME, Erik. «Visões para uma Teoria pós-moderna do Direito Comparado», in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - PPGDir. / UFRGS*, vol. 1, n. 1, mars 2003, p. 120, aussi publié dans *Revista dos Tribunais*, vol. 759, jan. 1999, p. 24-40.

signifie deux logiques (*di-a-logos*)¹⁹, ce qui est le contraire de la mono-solution (monologue), et ne fonctionne véritablement que lorsqu'il y a «dialogue entre les différences».²⁰

Dialogue sans vainqueurs et sans vaincus²¹, mais aussi entre formes de pensées différentes qui seront capables de négocier des positions cohérentes et possibles au sein de l'un et l'autre des systèmes, démontrant ainsi de véritables «vertus communicatives»²². Ceci implique, sans aucun doute, les thèmes et modèles législatifs qui rencontrèrent une réponse favorable parmi les 34 pays de l'OÉA plutôt que seulement parmi les pays les plus développés.

Erik Jayme²³, dans son discours sur la vocation universelle du Droit international privé en janvier 2007 à la Conférence de LaHaye, fit l'éloge de cet effort que fait l'OÉA en affirmant:

«Au début du mois de décembre de l'an passé eût lieu, à Porto Alegre au Brésil, la conférence des spécialistes chargés de préparer la CIDIP VII, la septième Conférence spécialisée en Droit international privé. L'objet de cette conférence sera la protection des consommateurs dans le droit international privé, incluant les questions de compétence juridique et de la reconnaissance et l'exécution des sentences. Ceci est un fait notoire puisque cette conférence unit des pays de *Common Law*, tel les ÉUA, et les pays de tradition romano-germanique d'Amérique latine. De plus, ce sont des marchés comme le Mercosur qui ont besoin d'un droit international privé qui correspondrait aux exigences du marché. Dans certains pays d'Amérique latine, le droit international privé devient aussi un moteur pour la réforme des droits nationaux en matière de droits des consommateurs. Ils prennent en compte les développements européens, mais les solutions trouvées diffèrent. Alors que le droit européen en est à abandonner l'idée de l'autonomie de volonté des parties, les projets américains favorisent une combinaison entre le principe de la loi la plus favorable au consommateur et une forme d'autonomie limitée, solution que je vois moins radicale et plus équilibrée que le projet communautaire d'un règlement «Rome I» ».

¹⁹ Voir LIMA MARQUES, Claudia. «Procédure civile internationale et MERCOSUR: pour un dialogue des règles universelles et régionales», in *Revue de Droit Uniforme*, vol. III, 2003-1/2, UNIDROIT, p. 467 et suiv.

²⁰ L'expression est des auteurs étasuniens BURBULES, Nicholas C. e RICE, Suzanne. «Diálogo entre as diferenças: continuando a conversação», in SILVA, Tomaz Tadeu da. (Org.). *Teoria Educacional crítica em tempos pós-modernos*, Porto Alegre: Ed. Artes médicas, 1993, p. 173-204 (originellement publié dans *Harvard Educational Review*, 61,4, 1991, p. 393-416).

²¹ Selon l'enseignement de BURBULES/RICE, p. 194, il est nécessaire de repenser au dialogue afin d'éviter qu'il ne devienne une «déroute» pour les partenaires plus faibles mais pour qu'il puisse plutôt créer un sentiment de «victoire» lorsqu'il y a compréhension des préoccupations de l'autre et permettre le développement de «vertus communicatives» au sein des parties plus faibles comme des plus fortes.

²² L'expression est de BURBULES/RICE, p. 197: «Le succès du dialogue entre les différences peut aussi dépendre de ce qu'on appelle les «vertus communicatives», lesquelles aident à rendre le dialogue possible et à entretenir une relation dialogique au fil du temps. Ces vertus comprennent la tolérance, la patience, le respect envers les différences, une disponibilité pour écouter, l'humilité de pouvoir admettre que l'on peut ne pas avoir raison, la capacité de réinterpréter ou de traduire ses propres inquiétudes de façon à ce qu'elles deviennent compréhensibles pour les autres, l'auto-imposition d'une discipline de façon à ce que les autres puissent avoir la chance de parler ainsi que la disposition à s'exprimer honnêtement et sincèrement»

²³ Discours pour l'occasion de l'inauguration d'un nouvel édifice à l'Académie de LaHaye, 18 janvier 2007, JAYME, Erik. *A locação universal do direito internacional privado – Tendências atuais*, encore inédit. Traduction gracieusement cédée par Nádía de Araújo.

Effectivement, la réunion à Porto Alegre a accentué la possibilité que la CIDIP puisse en arriver à créer un dialogue entre *Common Law* et tradition civiliste pour ainsi revigorer le système interaméricain, valoriser les CIDIPs antérieures tout en accentuant les expériences en matière de protection des consommateurs dans les pays de *Common Law* dans les Amériques. Cette possibilité de dialogue permettrait que soient approuvés le plus grand nombre possible d'instruments convergents, que ce soit des Conventions ou des Lois-modèles et ainsi revitaliser la CIDIP et l'OÉA en tant que forum de codification régionale, interculturel, effectif et se penchant sur des thèmes socialement importants, tel que la défense des consommateurs dans la société mondialisée.

Dans cette perspective, la réunion de Porto Alegre et les négociations qui la suivirent furent un grand succès, un dialogue sincère, honnête, créatif et fructueux dans la création d'un premier pas possible en matière de protection des consommateurs dans la région.

2. Antécédents de la réunion préparatoire de Porto Alegre pour la CIDIP VII sur la protection des consommateurs

La réunion de Porto Alegre pour la CIDIP VII sur la protection des consommateurs était la première à avoir lieu au Brésil, organisée par le gouvernement brésilien avec le partenariat d'une université publique (UFRGS, Porto Alegre) et une ONG (*Brasilcon*, Brasília)²⁴. Cette réunion préparatoire reçut son lot d'éloges et fut considérée hautement fructueuse, ayant contribué effectivement à l'avancement des travaux préparatoires et à la consolidation des propositions à l'agenda des discussions pour la CIDIP VII, dont la réunion finale est prévue fin-2007²⁵.

Tant au sein du Forum virtuel, organisé par l'OÉA pour permettre la participation des délégués et d'experts dès mars 2006, que lors des réunions préparatoires, et parmi les 5 thèmes suggérés par le Comité juridique interaméricain en 2001²⁶, les 8 thèmes suggérés pour la CIDIP VI en 2002²⁷, les nombreux thèmes suggérés

²⁴ Jusqu'à maintenant, les réunions préparatoires ainsi que les CIDIPs en tant que telles ont eu lieu à Panama (CIDIP I), en Uruguay (CIDIP II e IV), en Bolivie (CIDIP III), au Mexique (CIDIP IV), aux ÉUA (CIDIP VI), avec des réunions préparatoires dans ces mêmes pays, voir WILSON, John. «Introducción al Sistema Interamericano de Derecho Internacional Privado: El proceso de la Séptima Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VII) y la cooperación internacional en materia de Derecho Internacional Privado», in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir/UFRGS*, N. V, mars 2006, p. 10-11.

²⁵ Selon les propos formulés à la CAJP/OÉA du 18 janvier 2007.

²⁶ Voir «CIDIP-VII y Etapas sucesivas», CJI/doc. 74/01, avec les thèmes suivants: 1) Commerce électronique, 2) Migration et flux des personnes, 3) Arbitrage et resolutions alternatives des litiges, 4) Protection des consommateurs; et 5) Protection des mineurs, voir WILSON, p. 12.

²⁷ Voir CIDIP VI/RES. 01/02 et détails sur les thèmes considérés importants lors de la réunion de la CIDIP VI en prévision de la CIDIP VII, et qui incluaient le commerce électronique, PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. «La sexta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP -VI, Washington, 2002)», in *Revista de Derecho* (Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela), vol. 6,

par les pays en 2003²⁸, les 4 thèmes finaux du mandat de 2005²⁹, desquels 2 ont été retenus pour l'élaboration d'instruments juridiques interaméricains pour la CIDIP VII (thèmes : 1- Protection des consommateurs et 2- garanties mobilières : registres électroniques)³⁰ et les 2 thèmes retenus pour l'élaboration d'études parallèles futures (thèmes : 1- Juridiction internationale, suggérée par l'honorable délégation de l'Uruguay dans le document «*Bases de una Convención Interamericana sobre Jurisdicción Internacional*» et 2- Registre des titres de propriété, suggéré par l'honorable délégation des ÉUA afin d'étendre les registres électroniques des garanties mobilières aux biens meubles et immeubles)³¹, il me semble très symbolique que seul le thème de la protection des consommateurs reçut un écho favorable de tous les pays.

En résumé, la protection des consommateurs fut le seul thème qui prospéra fortement durant ces 6 années (2001-2007), à tel point que l'Assemblée Générale et le Conseil permanent de l'OÉA décidèrent de séparer les thèmes et de consacrer la prochaine Conférence (VII) spécialisée à ce thème uniquement, ce qui permit un dialogue nord-sud au sein des Amériques.

Effectivement, en 2003, le Brésil ne fut pas seul à présenter une proposition pour la protection des consommateurs en Droit international privé («Convention interaméricaine sur la loi applicable à certains contrats et relations de consommation»). En effet, les deux pays les plus industrialisés des Amériques, le Canada et les ÉUA, appuyèrent l'idée que la CIDIP VII traite du thème de la protection des consommateurs par le biais du Droit international privé et présentèrent leurs propositions (*Canadian Draft Proposal for a Model Law on Jurisdiction and Applicable Law* et *US Draft Proposal for a Model Inter-American Law on Availability of Consumer Dispute Resolution and Redress for consumers*)³².

On discuta de ces trois textes, dans leurs versions révisées suite aux contributions du Forum virtuel, lors de la réunion de Porto Alegre. Le Brésil laissa aller sa langue portugaise et on discuta de la proposition brésilienne II entièrement en espagnol («*Propuesta de Convención Interamericana sobre la ley aplicable a algunos contratos y transacciones de consumo internacionales*»). Notons que la proposition brésilienne II, sur laquelle on discuta durant la réunion de Porto Alegre, contenait déjà un préambule (lequel fut suggéré par l'honorable délégation d'El Salvador), 10 articles, plusieurs définitions et des clauses finales

²⁸ Voir CP/CAJP-2094/03. Les thèmes envoyés étaient les suivants : «*Pérou* 1. Transport : Dimension mondiale (terrestre, aérien, maritime); *El Salvador* 1. Uniformisation des titres universitaires: Libre exercice de la profession; 2. Responsabilité civile extracontractuelle: Accidents de la route; 3. Responsabilité civile extracontractuelle: Produits; 4. Responsabilité civile extracontractuelle: Contamination environnementale; *Brésil*, 1. Commerce électronique; 2. Insolvabilité commerciale transfrontière; 3. Mouvements transfrontaliers – Flux migratoires des personnes; 4. Protection des consommateurs: Convention interaméricaine pour la protection des consommateurs dans les Amériques; *Mexique* 1. Commerce électronique: Aspects juridiques de l'usage des technologies, Protection des consommateurs; 2. Mouvements transfrontaliers – Flux migratoires des personnes; 3. Protection des mineurs; *Canada* 1. Commerce électronique: Questions juridictionnelles liées à la protection des consommateurs; *Uruguay* 1. Juridiction internationale; 2. Responsabilité civile extracontractuelle: Contamination environnementale; 3. Commerce électronique: Juridiction en matière de transactions transfrontalières par Internet entre entreprises et consommateurs; *Etats-Unis* 1. Commerce électronique: Valeurs des investissements; 2. Commerce électronique: Registre commerciaux électroniques.»

²⁹ Voir AG/RES 2065 XXX-O/05.

³⁰ Pour plus de détails, voir WILSON, p. 13-16.

³¹ Pour plus de détails, voir WILSON, p. 16.

³² Voir les propositions : www.oas.org. Et pour plus de détails sur celles-ci, voir WILSON, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir/UFRGS*, N. V, mars 2006, p. 28-31.

(suggérées par les honorables délégations d'Argentine, d'El Salvador, du Paraguay, d'Uruguay et du Mexique ainsi que par les observateurs invités de la UNCITRAL et du Canada). Mais les discussions se concentrèrent sur les 7 articles principaux (art. 1. Définition de consommateur, Art. 2. Protection contractuelle générale : détermination de la loi applicable, Art. 3. Normes impératives, Art. 4. Clause d'exception et harmonisation, Art. 5. Thèmes exclus, Art. 6. Contrats de voyage et de tourisme, Art. 7. Contrats de multipropriété-*timesharing*).³³

B) Avancées et discussions principales lors de la réunion de Porto Alegre pour la CIDIP-VII sur la protection des consommateurs

La réunion de Porto Alegre fut ouverte par plusieurs belles interventions des représentants du gouvernement brésilien, de l'OÉA, de la UFRGS ainsi que par un discours d'ouverture du président de *Consumers International* de Londres. Cette ONG mondiale, auparavant dénommée IUCO, réunit aujourd'hui plus de 300 associations de défense des consommateurs de 105 pays différents. Sa présidente mondiale, la Brésilienne Marilena Lazzarini, mit l'accent sur l'importance de cette réunion pour le futur de la défense des consommateurs dans la région :

«En ce moment, je peux me permettre de dire que les consommateurs des Amériques et du monde entier mettent beaucoup d'espoir dans cette réunion préparatoire et sur le projet de Convention interaméricaine qui, je le pense, devrait en émaner. Il est nécessaire d'établir une borne internationale en protection des consommateurs. Une réponse régionale qui répond à des questions universelles! Un premier pas sûr et important dans la direction de l'établissement de normes internationales de protection des consommateurs! Des normes effectives qui aideront les pays qui ne possèdent toujours pas de normes sur le commerce international, des normes qui symboliseront un compromis pour la protection effective des consommateurs touristes, des consommateurs bombardés quotidiennement par une publicité agressive et séductrice des produits et de services étrangers, des normes qui créeront une confiance envers le commerce électronique ou à distance en constante croissance. (...) Je perçois ce moment comme une marque internationale pour la protection des consommateurs, et je vois en chacun de vous ici présents une disposition naturelle pour assumer la responsabilité de confirmer cette marque à Porto Alegre, au Brésil, la faisant ainsi résonner sur toute l'Amérique et les autres continents. Une réponse qui, sans aucun doute, sera osée, courageuse et engagée envers un changement et un avancement effectifs des législations de protection des

³³ Voir le texte de la seconde proposition brésilienne sur le site de l'OÉA, www.oas.org ou dans l'article, LIMA Marques, Claudia. «A proposta brasileira de Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado sobre lei aplicável a alguns contratos com consumidores (CIDIP VII): temas e discussões no Fórum de expertos da OEA», in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, N. V, mars 2006, p. 75-106.

droits humains des consommateurs! Que cette réunion à Porto Alegre au Brésil soit le symbole que l'OÉA et ses 34 pays membres considèrent que la protection des consommateurs dans les contrats internationaux est un pas nécessaire pour construire un monde meilleur, plus harmonieux et juste au sein du marché mondialisé de la consommation!»

Ensuite, fut lu un message du Professeur Iain Ramsey de l'Université York (Toronto, Canada)³⁴, président mondial de la *International Association of Consumer*, une association de professeurs et de juges spécialisés dans la défense des consommateurs.

Après la cérémonie officielle, laquelle fut enrichie par une belle intervention de Jean-Michel Arrighi, s'initia la session fermée et Dr. Ricardo Morishita Wada, directeur du Département de protection et de défense des consommateurs du Ministère de la Justice-SDE, fut élu président et chef de la délégation brésilienne. Une fois l'agenda accepté, les discussions au sujet des trois propositions pour la CIDIP-VII sur la protection des consommateurs s'initient.

1. Les discussions sur les propositions

Lors de la réunion de Porto Alegre, on discuta au sujet de trois textes durant six heures pour chacun d'eux³⁵ en commençant par le texte brésilien, ensuite celui des étasuniens pour terminer avec le canadien.

Le projet brésilien de Convention sur la loi applicable aux contrats internationaux de consommation fut bien reçu lors de la réunion. On a discuté sur la totalité du texte et le projet fut considéré prometteur. Aussi, il fut décidé qu'il devait être soumis à un groupe de travail de rédaction car plusieurs de ses normes furent reformulées durant la réunion. Ainsi, furent inclus des articles clarifiant le test de la loi la plus favorable et de nouvelles définitions afin de favoriser la ratification de cette future Convention par un plus grand nombre de pays. L'acte final de la réunion de Porto Alegre affirme que «...on arriva à un accord général sur plusieurs thèmes – en dépit des préoccupations spécifiques envers certains aspects liés à la rédaction des articles. À cette étape, on n'a pas adopté le système des crochets dans le texte; à la place, les participants ont plutôt

³⁴ Le texte envoyé et lu au public par le directeur de Brasilcon allait comme suit: «... I am sorry that I am unable to attend this important meeting of the Inter-American Conference on Private International Law. Globalization and the spread of the internet mean that consumers increasingly shop across borders. This has benefits for consumers and businesses but consumers may face significant hurdles in achieving redress in the event that there are problems with their purchases. The barriers facing consumer redress at the national level are well known and these are multiplied in cross-border transactions. It is vital therefore that rules on jurisdiction and choice of law should be modernized in consumer transactions to reflect the realities of these power imbalances in cross-border transactions. The work of the Inter-American Conference is very welcome in this respect and the Brazilian proposals for this meeting provide a valuable template for a convention that will promote consumer confidence in cross-border transactions. I hope that you have a stimulating and productive meeting. Best regards, Iain Ramsay - President, International Association of Consumer Law; Professor of Law; Osgoode Hall Law School, Toronto»

³⁵ Durant la réunion, tous les articles de ces trois projets furent discutés, à la seule exception de la seconde partie du Projet Canadien sur la loi applicable aux contrats de consommation (section 7) qui ne put être débattue une fois que les délégations manifestèrent des objections générales à son sujet et qu'elles soulignèrent qu'elle est incompatible avec la proposition brésilienne. Aussi, les discussions portant sur les articles de la première partie de la proposition canadienne, furent très longues et très courues et amenèrent plusieurs interventions et critiques en raison de l'existence du projet uruguayien d'études parallèles pour la CIDIP VII sur les «bases d'une Convention interaméricaine sur la juridiction internationale».

cherché à arriver à un consensus sur les idées et les forces du projet, et ils effectuèrent des observations ponctuelles au sujet des normes. On s'est entendu sur le fait que la rédaction sera perfectionnée par un groupe de travail organisé par l'OÉA, en accord avec l'agenda qui devra être adopté, afin de permettre que le texte final soit ratifié par le plus de pays possible.»³⁶

Suivit ensuite la discussion à propos du projet étasunien, lequel fut bien reçu et qui, lui aussi, devrait passer par un groupe de travail de rédaction³⁷. Le texte fut considéré large et encore à son étape de rédaction conceptuelle, mais aussi prometteur : « Les délégations exprimèrent leur appui au projet en général, incluant les actions en réparation individuelles, collectives et gouvernementales. Aussi, elles soulignèrent l'interaction de la proposition avec plusieurs autres thèmes tels les contrats, les actes illicites, le droit pénal, le droit de procédure interne et le droit de procédure international. Quelques-uns de ces points furent discutés et d'autres le seront ultérieurement. On suggéra aussi d'améliorer le texte et la rédaction ainsi que l'ajustement de certains points afin de maintenir l'intention positive, vue la diversité des droits de procédure et des cultures existantes entre les pays de l'OÉA, d'encourager la protection des consommateurs à travers des mécanismes d'accès à la justice. »

³⁶ (en espagnol dans le texte original) L'acte final affirme, sur le projet brésilien : « Le projet en général fut bien reçu. Les délégués adhèrent aux objectifs de la proposition brésilienne : offrir une protection légale pour les consommateurs dans leurs relations avec les fournisseurs, fournir les bénéfices économiques aux consommateurs en augmentant la disponibilité et en diminuant les coûts des produits et offrir confiance aux consommateurs envers le marché. Ces antécédents furent considérés durant l'analyse du texte et on arriva à un accord général sur plusieurs thèmes - en dépit des préoccupations spécifiques envers certains aspects liés à la rédaction des articles. À cette étape, on n'adopta pas le système des crochets dans le texte; à la place, les participants ont plutôt cherché à arriver à un consensus sur les idées et les forces du projet, et ils effectuèrent des observations ponctuelles sur les normes. On s'entendit sur le fait que la rédaction sera perfectionnée par un groupe de travail organisé par l'OÉA, en accord avec l'agenda qui devra être adopté, afin de permettre que le texte final soit ratifié par le plus de pays possible. On exprima l'opinion que les règles de la proposition sont en générales positives mais qu'il faudrait considérer ses interactions en prenant en compte que l'objectif de la Convention de droit international privé est de déterminer quel doit être le droit applicable. En guise de résumé, les aspects de la rédaction qui devront être considérés par le groupe de travail de rédaction sont les suivants : - La définition de contrat de consommation à l'article 2.1. - l'utilisation, la portée et la définition des règles impératives et de l'application de l'ordre public à l'art. 3. - les provisions de la clause de l'Art. 4. - Les aspects de rédaction des Art. 5 à 7. »

³⁷ Le texte de l'acte final va comme suit (traduction libre) : « Durant le deuxième jour de la réunion, on débattit en premier lieu de la proposition des États-Unis. La délégation étasunienne fit quelques commentaires au sujet de sa proposition et suivirent ensuite les commentaires de plusieurs délégations qui appuyaient les objectifs de la proposition étasunienne. Aucune emphase spéciale ne fut mise lors de cette étape sur la rédaction du texte. Les délégations étaient d'accord avec le fait que la proposition étasunienne et la proposition brésilienne sont complémentaires et ne s'excluent pas mutuellement. Ensuite, une discussion article par article eut lieu lors de laquelle la délégation étasunienne émit ses commentaires généraux sur chacun d'eux. Les délégations exprimèrent leur appui au projet en général, incluant les actions en réparation individuelles, collectives et gouvernementales. Aussi, elles soulignèrent l'interaction de la proposition avec plusieurs autres thèmes tels les contrats, les actes illicites, le droit pénal, le droit, le droit de procédure interne et le droit de procédure internationale. Quelques-uns de ces points furent discutés et d'autres le seront ultérieurement. On suggéra aussi d'améliorer le texte et la rédaction de même que l'ajustement de certains points pour maintenir l'intention positive d'encourager la protection des consommateurs à travers des mécanismes d'accès à la justice vue la diversité des droits de procédure et des cultures existantes entre les pays de l'OÉA. Aussi, il faudra considérer une référence à des définitions existantes au sein des ordres internes afin d'assurer sa compatibilité. La section relative aux solutions de litiges et de réparations gouvernementales fut considérée comme un aspect positif. En même temps, plusieurs exprimèrent l'opinion qu'il faudra une meilleure connaissance des détails de ces dispositions avant de procéder à leur inclusion dans la loi-modèle. Une délégation fit une référence spécifique au thème des cartes de crédit. Il y eut consensus général sur la portée et l'objectif général, y compris les litiges, tant au niveau interne qu'international, et la nécessité de prévoir des mécanismes permettant une réparation adéquate. En général, le projet fut bien reçu, en dépit du fait que la rédaction devra être améliorée par le groupe de travail proposé. »

Ainsi, si dans les deux premiers jours de la réunion, les délégations et les experts présents soulignèrent la nécessité d'améliorer les deux textes, ces délégations firent ressortir que ces textes, brésilien et étasunien, peuvent servir de base pour la future CIDIP VII. En effet, ces textes sont en convergence au niveau des thèmes et des objectifs, n'entraînent aucune exclusion ou incompatibilité entre les normes proposées soit de la Convention, soit de la loi-modèle, et ainsi, on peut lire dans l'acte final: «Les délégations étaient d'accord avec le fait que la proposition étasunienne et la proposition brésilienne sont complémentaires et ne s'excluent pas mutuellement.»

Finalement, fut débattu également durant six heures le projet canadien en général et sa première partie sur la juridiction dans la consommation. L'acte final relate que «Les participants procédèrent ensuite à la discussion au sujet de la proposition canadienne sur la loi-modèle de juridiction et de la loi applicable. Celle sur la loi applicable est un complément au texte initial qui fut préalablement présenté par la délégation canadienne. Les délégués reçurent favorablement la présentation et considérèrent que le thème est très important.»

Quant à la proposition canadienne, les interventions des délégations à son sujet furent très divisées et il y eût plusieurs manifestations d'inquiétudes, de questionnements et de commentaires. En fait, il y en eût tant que l'article unique de la deuxième partie du Projet canadien sur la loi applicable aux contrats de consommation (partie 7) ne put être débattu durant la réunion, faute de temps.³⁸

Notons que l'expérience de la Conférence de LaHaye, dont un représentant était présent à la réunion de Porto Alegre, fut relatée. Ces 10 années de discussions infructueuses sur le thème de la juridiction dans les litiges de consommation entre la tradition civiliste et celle du *Common Law* furent mises en évidence, créant ainsi des doutes sur la capacité des experts et des délégués de l'OÉA à en arriver à un accord qui serait le meilleur modèle des Amériques sur la juridiction (nationale et internationale) de la consommation afin d'ainsi approuver une loi-modèle interaméricaine. De plus, le fait qu'actuellement dans le système interaméricain il existe déjà un projet uruguayen en études parallèles pour la CIDIP VII nommé «Bases pour une Convention interaméricaine sur la

³⁸ Dans l'acte final, ces débats sont ainsi résumés : «Les questions et les inquiétudes envers la proposition incluait les suivantes : - On suggéra la réalisation de travaux additionnels sur les définitions contenues dans la proposition. Quelques délégations ont indiqué qu'il serait souhaitable d'inclure des définitions dans le texte du document. - On fit remarquer que la rédaction pourrait être améliorée. Entre autres choses, certains exprimèrent qu'il serait préférable de recommencer la rédaction de l'article 3 et, en particulier, y inclure une référence à l'article 6 qui exige qu'un tribunal refuse d'exécuter une clause d'élection du forum en certaines circonstances. - Fut aussi exprimée l'inquiétude envers l'inclusion du *forum non conveniens* dans le brouillon de la proposition. D'autres opinions furent émises à l'effet qu'il serait nécessaire d'inclure le *forum non conveniens* à la proposition. - Des inquiétudes furent formulées sur la viabilité générale de la règle de l'article 4 en termes de son application au commerce électronique, tout comme de la charge que cette disposition impose au vendeur de prendre tous les moyens raisonnables pour éviter de contracter avec des consommateurs résidents à l'étranger. Aussi fut manifestée l'inquiétude sur le fait que cette charge serait particulièrement onéreuse pour les petites et moyennes entreprises et qu'il faudrait reconnaître l'autonomie des parties. - Aussi on exprima des commentaires sur le fait que la proposition devrait prendre la forme d'une convention et non d'une loi-modèle. Des opinions dans le sens inverse furent aussi formulées. - On prit position sur l'interrelation entre cette loi-modèle et les propositions étasunienne et brésilienne. - Furent considérées les inquiétudes sur l'application de la proposition aux contrats internes de consommation et sur la présomption que les normes internes devront être modifiées en conformité avec la loi-modèle.»

juridiction internationale » est venue amplifier ces doutes, car cette dernière pourrait très bien inclure le thème de la consommation et les préoccupations de la proposition canadienne.

Quant aux détails de la proposition canadienne, tous les pays latino-américains présents à la réunion exprimèrent leurs inquiétudes envers l'usage d'une loi-modèle (pour tous les contrats de consommation, nationaux comme internationaux) plutôt que d'une Convention, comme celle déjà proposée par l'Uruguay. Aussi, ils manifestèrent leurs inquiétudes quant au fait de traiter de deux thèmes aussi importants que la juridiction et la loi applicable, lesquels impliquent les droits humains, à l'intérieur d'un unique document. De plus, ils soulignèrent fortement l'incompatibilité entre le modèle de la deuxième partie sur la loi applicable de la proposition canadienne et la proposition brésilienne pour une Convention ainsi qu'entre la première partie du projet canadien avec la proposition étasunienne, lesquelles furent déjà discutées et bien reçues durant la même réunion.

Plus spécifiquement, une forte inquiétude fut causée par la présence du *forum non conveniens* (discrétion du juge compétent à accepter d'entendre la cause) dans les recours intentés par les consommateurs, principe méconnu par le Droit latino-américain. Le *forum non conveniens* fut considéré par certains comme étant une négation de juridiction et de l'accès du consommateur à la justice (droit humain et fondamental), c'est sur ce sujet que les débats furent longs et forts courus.

Cette réaction plus forte envers la proposition canadienne durant la réunion de Porto Alegre peut avoir comme fondement le fait que cette proposition semble émaner d'une position doctrinaire et philosophique différente des propositions brésilienne et étasunienne. Ces deux propositions valorisent l'autonomie des parties en Droit international privé et cherchent des façons de concilier la protection du consommateur et l'autonomie des parties, validant ainsi les clauses d'élection de la loi (dans le cas de la proposition brésilienne) et – indirectement – du forum (arbitrage, dans le cas de la nouvelle proposition étasunienne) dans les contrats de consommation. Aussi, elles encouragent la croissance du commerce dans la région en combattant les pratiques actuelles de discrimination des consommateurs qui ont résidence ou domicile dans certains pays déterminés (cette pratique est permise et validée dans la proposition canadienne). La proposition canadienne opte pour la régulation et prévoit l'invalidité des clauses d'élection de la loi et du forum dans les contrats d'adhésion pour les consommateurs, sanctionnant aussi par l'invalidité plusieurs cas régulés dans les deux autres propositions, lesquelles furent discutées avant et bien reçues à la réunion. Cette incompatibilité initiale de philosophies différentes peut avoir été un des problèmes qui a suscité cette inquiétude majoritaire envers la proposition canadienne. De plus, la façon dont la proposition canadienne est rédigée n'est pas habituelle pour les pays de tradition civiliste et pourrait avoir été mal comprise par les pays latino-américains, bien que ceci ne réussit pas à expliquer la forte réaction de l'honorable délégation étasunienne envers la proposition canadienne.

Par contre, notons que le Canada est l'un des pays ayant la plus grande expérience en matière de protection des consommateurs dans les contrats internationaux (spécialement dans le commerce ÉUA-Canada), et de tout temps il fut

un pionnier dans ce domaine car, justement, il sut profiter de l'expérience du dialogue entre tradition civiliste et tradition du *Common Law* survenant de son commerce interne. Dans ce sens, il reste deux perspectives. Celle où la proposition canadienne pourrait avoir une nouvelle version, comme les autres propositions, et être ainsi considérée pour la CIDIP VII. Ou encore, que les préoccupations de la doctrine canadienne sur la validité des clauses d'élection de la loi applicable dans les contrats d'adhésion de consommation aillent influencer les autres propositions, en particulier la brésilienne, si le projet canadien était retiré ou inclus en tant qu'étude parallèle pour les prochaines CIDIPs tel qu'il le fut suggéré lors de la réunion.

2. Groupe de travail et de rédaction informel : les négociations ultérieures à la réunion de Porto Alegre

Conformément à la méthode de travail déterminée, la réunion de Porto Alegre fut en effet suivie de plusieurs négociations informelles. Durant cette réunion, il fut établi qu'un «groupe de travail de rédaction» allait élaborer la version finale des documents. Mais, à cause d'un problème quant aux coûts que cela aurait engendrés, le groupe de travail resta informel (courriels, textes, documents officiels, téléconférences, messages textes, rencontres informelles) et travailla la plupart du temps à distance. L'aspect positif est que, suite à la réunion de janvier 2007, il était maintenant possible d'inclure les délégués des 11 pays présents à la réunion de Porto Alegre une fois qu'ils avaient tous envoyé des collaborations et ainsi, il ne fut pas nécessaire de rouvrir le Forum Virtuel des discussions alors que plusieurs contributions avaient déjà été faites.

Dans le cas de la proposition brésilienne, nous avons reçu par écrit après la réunion de décembre, plusieurs suggestions et spécialement des corrections linguistiques de la part des délégués et des experts d'Argentine, d'Uruguay, du Paraguay et d'El Salvador, ce dont je tiens à les remercier. Lors de la réunion de la CAJP-OÉA le 18 janvier 2007 à Washington, cette méthodologie fut consolidée, selon laquelle la nouvelle version de la proposition brésilienne serait envoyée aux 11 pays présents à Porto Alegre avant le 31 mars 2007, ce qui fut fait (*Propuesta de la Delegación Brasileña- III, de 12 de Diciembre 2006, Propuesta de Convención Interamericana sobre la ley aplicable a algunos contratos y transacciones de consumo internacionales*). De plus, les ÉUA ont envoyé une nouvelle version de loi-modèle générale pour une nouvelle ronde de critiques et suggestions qui s'étendait jusqu'au 30 avril.

S'ensuivirent donc plusieurs nouvelles et fructueuses suggestions, critiques et listes de cas hypothétiques venant de presque tous les pays, incluant des collaborations du Canada et des ÉUA. Cette méthode de travail qui fut aménagée lors de la réunion de CAJP de janvier 2007, lors de laquelle on affirma que, pour éviter les dépenses, les délégués devraient continuer à avoir recours aux envois de courriels, aux téléconférences, aux rencontres informelles lors de congrès ou de cours de l'OÉA, aux visites spontanées de courtoisie et même aux vidéoconférences de façon à ce que tous puissent participer et collaborer à l'élaboration de la version finale des propositions, ce qui fut fait. C'est de cette façon que le délai pour l'envoi

des collaborations écrites, initialement prévu pour le 30 avril 2007, fut repoussé jusqu'à la rencontre au Paraguay en octobre 2007. C'est donc alors que la version finale de la proposition brésilienne sera présentée et envoyée aux autres pays de l'OEÁ.

De plus, notons que lors de la réunion de Porto Alegre, l'honorable délégation des ÉUA manifesta une inquiétude particulière envers la règle sur la présomption de la loi la plus favorable au consommateur. Ainsi, cette norme fut modifiée — à la demande des ÉUA et ce, durant la réunion même — par la délégation brésilienne afin qu'elle ne contienne plus une présomption mais plutôt une liste d'indicatifs de la loi la plus favorable (art. 2, 3 *Propuesta Brasileña III*). Durant les négociations ultérieures, on travailla sur l'amélioration de cette règle, en regroupant quelques-unes des suggestions des honorables délégations du Canada et de EUA, mais on n'arriva pas à un plein consensus sur le sujet, ce qui devrait donc être réservé pour la discussion lors de la réunion finale pour la CIDIP VII. De même, le thème de la possibilité d'émettre des réserves à la future Convention est réservé pour la réunion finale.

Finalement, nous remarquerons que la délégation brésilienne, reconnaissant l'importance des préoccupations contenues dans le projet canadien de loi-modèle, incorpora volontairement dans la nouvelle version de son projet de Convention (art. 4, 2bb *Propuesta Brasileña III*) une option basée sur le texte de l'article 7 de la proposition canadienne avec quelques modifications au deuxième paragraphe de son article sur les normes impératives et la fit parvenir aux 11 pays présents à la réunion.

Cette nouvelle option doit être maintenue dans le texte final brésilien qui sera présenté au Paraguay en octobre 2007 malgré le fait que quelques délégués s'étaient affichés contre l'option au sein du groupe de travail informel. À ce sujet, l'idée de la délégation brésilienne est que, en maintenant cette option d'invalidité de la clause d'élection de la loi tout en la réduisant au thème d'irrespect des normes impératives (et non de toutes les lois) du pays du domicile du consommateur (ou de sa résidence habituelle, telle que formulé dans la proposition canadienne), les délégués pourront choisir, lors de la réunion finale pour la CIDIP VII. Le choix se fera donc entre la norme originale brésilienne prévoyant la cumulation de la *lex contractus* choisie par les parties avec les normes impératives du pays du domicile du consommateur et la solution canadienne de l'invalidité totale de la clause d'élection de la loi si celle-ci est incompatible avec les normes impératives du domicile du consommateur selon ce que les délégués considéreront être la meilleure solution pour la protection des consommateurs dans la région.

La proposition européenne de Réglementation mentionnée, appelée «Rome I» par le professeur Erik Jayme et qui doit remplacer la Convention de Rome de 1980, remplace d'une certaine forme l'autonomie des parties (connexion subjective) par une connexion objective et unique. En effet, elle impose l'application systématique de la loi du pays de la résidence habituelle du consommateur, ce qui entraîne donc l'invalidité des clauses d'élection du forum. Cette solution de Rome I, comme nous pouvons l'observer dans l'intervention d'Erik Jayme, est aussi très critiquée en Europe, mais elle pointe vers un degré encore plus élevé de protection des consommateurs dans ce marché intégré économiquement.

La délégation et les experts brésiliens manifestèrent de forts doutes à savoir si cette position de la proposition canadienne est la meilleure et doit être le «modèle de codification» du futur dans un marché non intégré tel que celui des Amériques car elle exige la modification des lois des 33 autres pays de l'OEA, d'autant plus qu'elle vise aussi les contrats internes de consommation. Mais en tant qu'option possible en matière d'incompatibilité avec les normes impératives de l'État du domicile du consommateur dans les contrats internationaux dans lesquels ces consommateurs sont passifs (par exemple, dans le commerce électronique), et dans l'esprit général du respect de l'autonomie limitée des parties de la proposition brésilienne, cette nouvelle option peut être utile au dialogue entre tradition civiliste et tradition du *Common Law*.

De plus, les ÉUA ont décidé d'élargir leur proposition. Ils ont donc envoyé dernièrement aux 11 pays, pour examen et suggestions, la proposition originale de loi-modèle, maintenant transformée en Lignes directrices (*Legislative Guide on Consumer Redress*) sous la suggestion de l'honorable délégation argentine, ainsi que trois nouvelles lois-modèles. Celles-ci sont totalement nouvelles et développent quelques concepts de la loi-modèle générale auparavant présentée lesquels sont 1) *Model Law on Redress for small monetary claims*, 2) *Model Law for electronic arbitration of cross border claims* et 3) *Model Law on government authority*.³⁹

Enfin, il est pertinent de mentionner que le Canada a envoyé jusqu'à maintenant le même texte qui fut débattu à Porto Alegre aux 11 pays présents à la réunion. Mais la délégation déclara lors de la réunion de la CAJP-OEA de janvier 2007, qu'elle était en train de travailler sur une nouvelle version encore non diffusée.

Ceci étant, nous pouvons affirmer sans l'ombre d'un doute que les travaux de suivi de la réunion de Porto Alegre de décembre 2006 pour la préparation de la CIDIP VII sur la protection des consommateurs ont été très fructueux. Ces travaux informels furent finalisés seulement en octobre 2007.

Ainsi, la réunion de Porto Alegre permit un avancement significatif pour les propositions étasunienne et brésilienne, les modifiant et les faisant avancer significativement en direction des textes finaux maintenant débattus. De cette réunion et des négociations qui la suivirent pour la préparation des textes définitifs, nous pouvons tirer plusieurs leçons, c'est ce que j'analyserai maintenant.

II. Les consensus de la réunion de Porto Alegre et des négociations informelles du Groupe de travail et de rédaction pour la CIDIP VII sur la protection des consommateurs

En tant que simple professeure de Droit international privé et témoin de ce processus initié il y a plus de six ans – et non en tant que déléguée brésilienne –, je crois qu'il est possible de tirer quelques leçons de ce long chemin parcouru. Je pense qu'aujourd'hui, il

³⁹ Voir www.oas.org

existe un consensus dans la région sur l'opportunité de codifier dans la CIDIP VII la protection des consommateurs.

Effectivement, à partir de ma première suggestion lors du cours de l'OÉA en 2000, en passant par les 5 thèmes suggérés par le Comité juridique interaméricain en 2001 incluant la protection des consommateurs⁴⁰, l'acceptation du thème du commerce électronique à l'agenda de la CIDIP VII en 2002⁴¹, les recherches sur les thèmes et la convocation des experts pour la CIDIP VII en 2003⁴² et en 2004⁴³, la réduction à deux thèmes pour la future CIDIP VII par l'Assemblée Générale de l'OÉA⁴⁴, le commencement des travaux préparatoires du groupe d'experts en mars 2006⁴⁵, l'institution du très utile *Forum Virtual-OEA* de discussions entre tous les délégués et experts sous l'organisation et la modération de John Wilson (OÉA)⁴⁶, la réunion préparatoire de Porto Alegre en décembre 2006, jusqu'à septembre 2007 alors que nous avons finalisé les textes, plus de six années de discussions et de négociations se sont passées.

Dans ce sens, mon témoignage consiste à dire que les leçons à tirer doivent avoir une relation directe avec les deux grands thèmes qui ont été discutés durant ce processus, c'est-à-dire:

- 1) De la nécessité de normes spéciales de défense des consommateurs en matière de contrats internationaux de consommation au sein du système interaméricain vu la distinction entre la situation de vulnérabilité du consommateur face au fournisseur, plus particulièrement dans le commerce électronique (B2C) et la situation plus équilibrée du commerce international entre deux professionnels (B2B), déjà régulée par la CIDIP V de Mexico de 1994 (ici peut être incluse la grande discussion sur l'inclusion ou non des personnes juridiques dans la définition du consommateur à protéger par la CIDIP VII et si celle-ci devrait réguler ou inclure des règles sur la responsabilité pour les produits défectueux) et;
- 2) Des instruments à choisir pour réaliser cette opportune protection des consommateurs en Droit international privé dans la région, à savoir s'il serait plus adéquat d'opter pour une Conventions classique de Droit international privé (*Hard Law*), dont la dernière du genre est la CIDIP V de 1994, laquelle est, treize ans plus tard, ratifiée en 2007 seulement par le Mexique et le Venezuela; ou encore s'il serait plus souhaitable que cette

⁴⁰ CIDIP-VII y Etapas sucesivas CJI/doc. 74/01

⁴¹ CIDIP VI/Res.1/02. Voir aussi PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. «La sexta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP –VI, Washington, 2002)», in *Revista de Derecho* (Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela), vol. 6, p. 275.

⁴² AG/Res. 1923, XXXII-O/03

⁴³ AG/Res. 2033, XXXIV-O/04

⁴⁴ Les deux thèmes sont: protection des consommateurs et garanties mobilières : registres électroniques pour l'implémentation de la loi-modèle interaméricaine sur les garanties mobilières. AG/RES 2065, XXX-O/05

⁴⁵ AG/RES 2217, XXXVI-O/06

⁴⁶ WILSON, in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito-PPGDir./UFRGS*, N. V, março 2006, p. 28-31.

protection soit assurée grâce à des loi-modèles et des lignes directrices (*Soft Law*), dont la dernière (et unique) de ce genre est de 2002 et, durant ces cinq années, peu de succès ont pu être démontrés; et à savoir quelle sera la portée d'application de ce nouvel instrument interaméricain de protection des consommateurs (s'il ne concernera que le droit applicable, s'il inclura ou non une juridiction spéciale du consommateur, s'il traitera seulement des thèmes spéciaux de procédure civile internationale, administrative et pénale, comme les compensations monétaires, les tribunaux de petites créances, l'arbitrage de consommation, les actions gouvernementales et la coopération entre agences, les actions collectives privées et des associations, etc.).

Il est intéressant d'observer que si la réunion de Porto Alegre connût du succès, ce fut justement parce qu'elle put éclairer les délégués représentés sur le fait que le terrain était déjà prêt pour atteindre un consensus sur ces thèmes. S'il ne fut pas atteint de manière totale, il le fut au moins de manière initiale puisque le dialogue sur la protection des consommateurs à l'OEÁ en est encore à ses débuts et la CIDIP VII marque son commencement plutôt que sa fin. Voyons cet aspect plus en détails.

A) Consensus général sur la nécessité et sur l'opportunité d'élaborer des normes spéciales de droit international privé pour la protection des consommateurs au sein de l'OEÁ : la protection du consommateur en tant que lacune dans le système interaméricain

Le plus important résultat de la réunion de Porto Alegre et des négociations ultérieures, à mon opinion, fut d'atteindre un consensus au sujet de l'occasion qui se présente d'inclure à l'agenda de l'OEÁ la protection des consommateurs dans la région.

Lorsque je fus invitée par Jean-Michel Arrighi à réfléchir sur la protection des consommateurs dans les Amériques durant mon cours à l'OEÁ en 2000 (La protection du consommateur : aspects de droit privé régional et général), j'ai identifié une lacune dans le système interaméricain de Droit international privé (DIP) en matière de protection des consommateurs et la nécessité d'établir des normes spéciales en matière de conflits de lois puisque ces dernières n'étaient considérées suffisantes qu'au Canada et aux ÉUA. Ainsi donc, j'ai reconnu l'occasion d'élaborer une Convention interaméricaine spécialement sur le thème des contrats de consommation, englobant les contrats issus du commerce électronique ainsi que certains contrats complexes de tourisme de masse, de façon à augmenter le niveau de protection des consommateurs dans tous les pays membres de l'OEÁ.⁴⁷

⁴⁷ Voir LIMA MARQUES Cláudia, «A proteção do consumidor: aspectos de direito privado regional e geral», in *XXVII Curso de Derecho Internacional-OEA/CIJ*, Ed. Secretaría General-Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, Washington, 2001, p. 657-780, et republié, in *El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*, *Cursos de Derecho Internacional - vol. I (Parte 1)*, Editor Secretaría General-Subsecretaria de Asuntos Jurídicos, Washington, 2002, p. 1503-1622.

Le thème de la nécessité et de l'opportunité de ces règles était aussi présent, dès le début de ce long parcours, dans les négociations préparatoires pour la CIDIP VII sur la protection des consommateurs. Effectivement, de 2001 à 2007, le grand thème de base était la nécessité et l'occasion pour le système interaméricain de défendre l'élaboration de normes spéciales pour la protection des consommateurs. Ce qui veut donc dire des normes différentes de celles de la CIDIP V de Mexico de 1994 (et plus protectrices de la personne), sur les thèmes procéduraux et administratifs de la protection des consommateurs, différents de ceux déjà traités par les CIDIPs, en particulier ceux de procédure civile internationale (telle que les petites créances, l'arbitrage électronique de consommation, forum privilégié, instruments de *redress* (réparation), etc.).

1. Consensus sur l'occasion d'une CIDIP VII sur la protection des consommateurs

Selon les mots déjà devenus classiques de Jean-Michel Arrighi, le consommateur est généralement le «protagoniste oublié»⁴⁸ des Traités internationaux, que ce soient les Traités interaméricains ou les CIDIPs, ou que ce soient ceux dédiés à l'intégration tels que le Traité de 1980 de l'ALADI et le Traité d'Assunción de 1991 du Mercosur, dans lesquels on ne rencontre jamais le terme «consommateur»⁴⁹. De plus, dans aucune des CIDIPs jusqu'à ce jour signées le thème de la protection des consommateurs ne s'est mérité une attention spéciale (même pas une norme), alors que les thèmes furent concentrés sur le droit commercial international entre professionnels et sur les procédures civiles. Ce silence et cette exclusion de l'agenda peuvent avoir comme fondement la volonté d'éviter les conflits avec des lois nationales considérées comme d'ordre public international⁵⁰, ou, peut-être encore, une certaine méconnaissance du sujet alors que les différences dans le domaine de la protection du consommateur ont toujours pesé à la faveur des pays plus industrialisés et exportateurs (il faut remarquer que parmi les 34 pays de l'OÉA, seuls le Canada et les ÉUA possèdent déjà des normes sur les conflits de lois, lesquelles bénéficient à lesquelles consommateurs).⁵¹

La vérité est que le thème de la protection des consommateurs (à l'exception du projet de LaHaye de 1980 sur l'achat et la vente de consommation élaborée par le Professeur étatsunien Arthur von Mehren)⁵² jamais ne fut traité dans les Conventions. Ce thème ne fut pas non plus traité dans les Conventions classiques qui ont unifié les normes matérielles, ni

⁴⁸ Arrighi, p. 126.

⁴⁹ Arrighi, p. 126.

⁵⁰ Tel que soutenu par: GARRO, Alejandro Miguel e ZUPPI, Alberto Luis. *Compraventa internacional de mercaderías*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1990, p. 81 (traduction libre): «La raison principale d'exclure la vente aux consommateurs de la portée d'application est venue du fait de vouloir éviter un éventuel conflit entre les normes de la Convention et les lois d'ordre public de protection du consommateur. La législation spéciale de la protection des consommateurs a été incorporée durant les dernières années dans plusieurs systèmes juridiques, y compris dans plusieurs pays d'Amérique latine tel le Mexique.» Dans la même lignée, voir HARGAIN/MIHALI, *Libre circulación...*, p. 507.

⁵¹ HARGAIN/MIHALI, *Libre circulación...*, p. 506, citant l'opinion de Libile.

⁵² Toniollo, p. 96, commentant le projet de LaHaye.

dans une loi-modèle d'UNIDROIT ou de la UNCITRAL⁵³, et ne fut pas non plus l'objet d'une CIDIP ou d'une Convention de LaHaye en Droit international privé.

Seules les Résolutions de l'ONU ont eu une influence inspiratrice au sein des législations nationales dans les Amériques. Les législations de presque tous les pays de l'OÉA possèdent déjà des normes sur la protection des consommateurs⁵⁴. On ne pourrait laisser sous silence les efforts de l'OCDE et ceux, plus réduits, du Code modèle de protection des consommateurs de la IUOCO (*Consumers International*), du Code modèle de procédure civile pour l'Amérique ibérique et de l'actuel Code modèle ibéroaméricain sur les actions collectives.

Comme je l'avais constaté déjà en 2000, si tous les pays des Amériques connaissent la protection des consommateurs comme étant un ensemble de règles spéciales matérielles au niveau national (c'est-à-dire, comme des normes substantives de droit civil et administratif),⁵⁵ seulement deux pays américains permettent une protection effective des consommateurs grâce à des règles spéciales de conflits de lois (EUA et Canada)⁵⁶. Cette situation a commencé à changer en 2001 lorsque que le thème de la protection des consommateurs a commencé à faire partie de l'agenda des efforts de codification du Droit international privé à l'OÉA.

En d'autres mots, les trois pays qui firent des suggestions spécifiques pour la CIDIP VII sur la protection des consommateurs (Brésil, EUA et Canada) ainsi que les autres pays qui étaient présents à la réunion préparatoire de Porto Alegre sont effectivement d'accord avec le fait que la protection des consommateurs représente une lacune dans le système interaméricain actuel. Ces pays sont aussi en consensus sur l'opportunité que ceci représente pour le système interaméricain actuel de combler cette lacune, tel qu'il le fut montré clairement à la réunion de la CAJP/OÉA du 18 janvier 2007. En ce moment, les différents encore existants concernent la meilleure façon de remédier à cette lacune...

2. La nécessité de la CIDIP VII sur la protection des consommateurs : définition des thèmes

Si cette opportunité fait consensus absolu, les pays de l'OÉA voient cette «nécessité» de formes et de degrés différents, particulièrement en ce qui a trait aux thèmes. Je m'explique.

⁵³ La loi-modèle de la UNCITRAL (qui, dans les faits, se consacre au commerce international), lorsqu'elle se penche sur le commerce électronique, indique expressément qu'il ne faut pas refouler les normes tutélaires et semble vouloir exclure les contrats de consommation par le biais de l'exclusion de moyens informatiques de son champ d'application avec ce texte : «Art.1. Champ d'application – La présente loi* sera applicable à tous les types d'informations en forme de message de données utilisées dans le contexte d'activité commerciales. *La présente loi ne déroge à aucune norme juridique destinée à la protection des consommateurs.»

⁵⁴ Voir l'étude du Ministère de la Justice brésilien, dénommée *Atlas Geo-político de Defesa do Consumidor*, sur son site www.mj.gov.br, dans la section du DPDC-SDE, qui remarque que seuls 4 pays peuvent être considérés comme ayant peu (ou pas) de règles spéciales pour la défense du consommateur en droit civil lesquels sont : Belize (*Public Utilities Commission Act y Hire Purchase Act*), Bolivie (*Ley del Sistema de Regulación y Ley de Municipalidades*, 1999), Guyana et la République Dominicaine. Voir dans la version publiée de l'Atlas, p. 18-19, en portugais et p. 140-141, en espagnol.

⁵⁵ Voir le travail précédent du Ministère de la Justice brésilien dénommé *Atlas Geo-político de Defesa do Consumidor*, sur son site www.mj.gov.br, dans la section du DPDC-SDE analysant toutes les lois avec comme bases les réponses des gouvernements : Atlas, p. 18-19, e p. 140-141, en espagnol.

⁵⁶ Voir MASSE, Claude. «Fondement historique de l'évolution du droit québécois de la consommation», in LAFOND, Pierre-Claude. *Mélanges Claude Masse. En quête de justice et d'équité*, Québec: Yvon Blais, 2003, p. 37-118 et l'HEUREUX, Nicole. *Droit de la Consommation*. 4. ed., Québec: Yvon Blais, 1993.

Le Canada a proposé une loi-modèle sur les contrats de consommation nationaux et internationaux, contenant six règles de juridiction spéciale pour les contrats de consommation internes (entre résidents de deux provinces différentes) et internationaux, défendant la compétence du juge du pays de la résidence habituelle du consommateur (Art. 2) et introduisant comme modèle le *forum non conveniens* pour les cas impliquant le consommateur (art. 5). Aussi, la loi-modèle canadienne considère nulle la clause d'élection du forum dans plusieurs cas, comme, par exemple si cette élection a été faite avant que le litige ne survienne ou encore si le choix fut fait dans le cadre d'un contrat d'adhésion (art. 6,1,a c/c art. 3,c). En novembre, le Canada a proposé complémentirement une norme unique sur la loi applicable (art. 7), avec une connexion subsidiaire à la résidence du consommateur (touriste et passif) et qui considère nulle la clause d'élection de la loi dans certains cas de consommation passive si cette *lex contractus* «a pour effet de priver le consommateur de la protection qui lui est garantie par la loi de sa résidence habituelle».

De l'analyse de ce projet on peut percevoir le consensus ainsi que deux conclusions importantes sur le thème ici discuté : a) le projet canadien fut rédigé de façon à démontrer qu'il reconnaît l'existence d'une lacune dans la réglementation interaméricaine sur la protection des consommateurs. Ainsi, on peut voir un consensus sur la nécessité et sur l'opportunité d'élaborer des normes spéciales (et différentes de celles des CIDIPs précédentes) sur ce thème. Mais, b) on peut conclure que cette lacune existerait tant sur le thème de la juridiction que sur celui de la loi applicable, et, c) que la lacune serait large et existerait même dans le traitement des contrats de consommation nationaux ou internes des pays puisque le projet de loi-modèle canadien, de la façon dont il fut présenté le 30 novembre 2006, conclut que les pays de l'OEÀ doivent changer leurs lois de DIP et de procédures civiles (nationales et internationales) afin de combler cette lacune générale, acceptant ainsi le modèle proposé comme celui étant le meilleur pour la région.

Effectivement, la loi-modèle proposée par le Canada est une «*soft law*» (que les pays ne sont pas obligés de suivre, mais qui, en même temps, n'a pas à passer au double crible de l'Exécutif et du Législatif pour ratification, alors que les Conventions doivent y passer. Aussi, la *soft law* ne permet pas l'analyse de son inconstitutionnalité, au contraire des Conventions, lesquelles peuvent avoir une hiérarchie supérieure aux lois, mais qui ne pourront être ratifiées qu'après analyse de leur constitutionnalité). Mais, par les temps qui courent, les lois-modèles et les lignes directrices législatives détiennent un pouvoir symbolique très grand: celui de représenter le «meilleur» modèle législatif disponible, la «meilleure» solution, la «plus» effective ou intelligente, la «plus» consensuelle parmi celles existant dans la région.

Les ÉUA aussi ont présenté une loi-modèle sur les *redress* (réparation) pour les contrats nationaux et internationaux conclus avec les consommateurs, ensuite transformée en Guidelines et en trois autres lois-modèles sur des thèmes procéduraux (administratifs et pénaux) en défense des consommateurs. Mais toutes celles-ci ont des normes spéciales différentes de celles existant dans les autres CIDIPs, soit celles sur l'arbitrage international, sur la coopération judiciaire internationale et sur la reconnaissance des sentences.

Des textes présentés par les ÉUA, pour leur originalité par rapport aux autres textes des CIDIPs concernant les relations entre deux commerçants, nous pourrions retirer un certain type de consensus émanant des ÉUA en ce qui a trait à la nécessité de lois spéciales de DIP pour la défense des consommateurs. On peut voir que, dans les interventions écrites des négociations, l'honorable délégation étasunienne recourt au texte de la CIDIP V de 1994 en indiquant que cette Convention, pas ratifiée par les ÉUA, pourrait être suffisante et même utile pour la défense des consommateurs en matière de conflits de lois. Effectivement, dans son intervention officielle sur la proposition brésilienne durant les négociations subséquentes, les ÉUA citèrent plusieurs fois les normes de la CIDIP V sur les contrats internationaux pour faire remarquer que celles-ci pourraient être utilisées aussi en matière de protection des consommateurs (particulièrement l'art. 11 sur les normes impératives du forum) et que la formulation de la CIDIP VII devrait se rapprocher de celle de la CIDIP V.

Ainsi, il est possible de conclure que, selon la position étasunienne actuelle, il y a la nécessité et l'opportunité au sein du système interaméricain d'élaborer des normes spéciales de protection des consommateurs en particulier sur les thèmes de procédure civile (même s'il existe des CIDIPs sur ces mêmes thèmes pour les contrats entre fournisseurs ou commerçants, comme celle sur l'arbitrage), mais par le biais de lois-modèles nationales et internationales. Dans ce sens, les ÉUA reconnaissent les spécificités et la nécessité d'une protection spéciale pour le consommateur dans sa relation avec les fournisseurs de produits et de services. Par contre, en matière de loi applicable, il reste des doutes à propos de la CIDIP V, laquelle n'est pas en vigueur aux ÉUA, à savoir si celle-ci serait suffisante ou positive pour la protection des consommateurs de la région.

Donc, de l'analyse de ces projets présentés par les ÉUA et par ses interventions jusqu'à maintenant, il est aussi possible d'apercevoir un consensus ainsi que deux conclusions importantes sur le thème ici discuté : a) le consensus porte sur l'existence d'une lacune dans la réglementation interaméricaine sur la protection des consommateurs, aussitôt donc, il y a consensus sur la nécessité et sur l'opportunité d'élaborer des normes spéciales (et différentes de certaines des CIDIPs existantes) sur le thème, particulièrement par le biais de lois-modèles et de *soft laws* ayant effet sur les contrats nationaux et internationaux de consommation; b) cette lacune n'existerait pas ou du moins, ne serait pas aussi importante, sur le thème exclus de la juridiction et qu'il y a des doutes sur son existence au sujet du thème de la loi applicable face à la CIDIP V de 1994, e, c) que cette lacune existerait même dans le traitement des contrats nationaux de consommation car la loi-modèle sur l'arbitrage de consommation (électronique) restreint son application aux contrats internationaux de consommation, s'appelant Model Law for Electronic Arbitration of Cross Border Claims. Ces lois modèles serviraient donc les pays de l'POÉA pour les aider à modifier leurs normes procédurales civiles, celles sur les actions individuelles, collectives et de petites créances (nationales et internationales) et celles sur l'arbitrage international, afin de combler cette lacune générale, acceptant ces différents modèles proposés comme les meilleurs de la région.

Le Brésil aussi considère que cette lacune existe, au point qu'il a proposé une Convention pour la CIDIP VII sur la protection des consommateurs. Mais il considère cette lacune comme étant plus grave et nécessitant une action immédiate de l'OÉA simplement en matière de détermination de la loi applicable aux contrats entre les fournisseurs de produits et services et les consommateurs et ce, pour trois raisons que je résumerai ainsi :

1) La CIDIP V de Mexico de 1994, avec son autonomie des parties pour élire n'importe quelle loi du monde même celle d'un État non partie (Art. 2) et sans aucune limite imposée par son texte (Art. 7,1)⁵⁷ au-delà du très timide article 11 sur l'application des normes impératives (lequel, dans la pratique, laisserait le consommateur touriste sans la protection des normes impératives de son pays de domicile tout en laissant à la discrétion du juge du «forum» l'usage des règles impératives étrangères si le consommateur a contracté à distance via le commerce électronique sans sortir de son pays)⁵⁸, est considérée comme étant très large même pour des relations entre deux sujets égaux, les fournisseurs. Si large, en fait, qu'elle ne fut pas ratifiée par le Brésil et est considérée comme étant très peu effective pour la protection des consommateurs. Cette CIDIP V de Mexico fut conçue pour des contrats entre sujets égaux, des professionnels pourvus de départements juridiques, des entreprises et des personnes juridiques déjà habituées à agir dans le marché interaméricain, dotés de compétences linguistiques et d'un pouvoir de marchander en plusieurs aspects différent et supérieur à ceux des consommateurs, des personnes physiques, profanes, ayant des carences linguistiques et juridiques beaucoup plus importantes. Ces consommateurs personnes physiques, avec la croissance du commerce électronique et du tourisme de masse, participent aujourd'hui de façon plus importante au marché régional. Mais cette participation se fait encore sans grande confiance et sans protection spécifique, ce qui amène les magistrats à appliquer toutes les normes nationales de protection du consommateur comme si elles étaient toutes des normes d'ordre public international, des lois et pouvoirs de police ou des normes impératives et d'application immédiate⁵⁹. Afin de changer cette situation actuelle dans laquelle les clauses d'élection du forum et d'élection de la loi dans les contrats d'adhésion de consommation sont considérées abusives et nulles, par la loi interne considérée d'application impérative, il est nécessaire que soient créés des normes spéciales et spécifiques sur les conflits de lois pour les contrats internationaux de consommation, assurant ainsi une véritable prévisibilité sur la validité de la clause d'élection de la loi et une véritable assurance pour les fournisseurs et les consommateurs.

⁵⁷ NOODT TAQUELA, Marái Blanca, Chap. 25, in FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Org.). *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur- Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Ed. Zavaria, Buenos Aires, 2003, p. 996-1000.

⁵⁸ Tel que vu dans mon cours à l'OÉA en 2002, p.697 et s.

⁵⁹ Tel que vu dans mon cours à l'OÉA en 2002, p.697 et s.

2) Dans son premier article, la CIDIP V de Mexico de 1994 détermine de façon expresse que la Convention s'applique à tous les contrats à part ceux déterminés exclus de son champ d'application par déclaration de la part de chaque pays au moment de sa ratification, comme, par exemple, les contrats de consommation. Cette règle trouve son origine dans la proposition initiale du Professeur Siqueiros (Mexique), qui exclue les contrats de consommation de façon expresse du champ d'application de la CIDIP V. Mais, dans les négociations, la question a de savoir si cette CIDIP s'applique ou non à ces contrats resta ouverte, les États pouvant, dans leurs relations bilatérales avec les autres, décider s'ils feraient ou non cette déclaration. Le Mexique et le Venezuela, les seuls pays où la CIDIP V est en vigueur, ne semblent pas avoir fait une telle déclaration, ce qui pourrait peut-être expliquer pourquoi l'honorable délégué mexicain présent à la réunion de Porto Alegre suggéra, en en soulignant l'importance, d'inclure les petites entreprises et les personnes juridiques de petite portée en tant que consommateurs lorsque ceux-ci agissent en position de vulnérabilité plus grande de façon à limiter l'autonomie des parties et protéger ces «petites» personnes juridiques au sein du marché interaméricain, comme le fait la loi mexicaine actuelle dans les relations nationales. Le Mexique suggéra donc que ce type de consommateurs puisse être inclus dans la définition présente dans la proposition brésilienne pour la CIDIP VII.

On peut noter que le Brésil aussi n'a pas ratifié la CIDIP V, mais la position officielle brésilienne actuelle à cet égard est que si un jour elle le fait, elle déclarerait que cette CIDIP ne s'applique pas aux contrats entre consommateurs et fournisseurs de produits et services. Deux problèmes d'insécurité et de prévisibilité apparaissent ainsi à l'horizon. Premièrement, dans les relations avec les consommateurs brésiliens, la CIDIP V ne pourrait être évoquée, même si l'autre pays en est partie et n'a pas fait la déclaration, par exemple, dans un futur hypothétique, les EUA. Deuxièmement, l'insécurité est plus grande puisque dans l'absence d'une définition conventionnelle du consommateur personne physique, telle celle présente dans les trois propositions à l'examen en ce moment, le Brésil utilisera la définition (de sa *lex fori*) du Code de Défense du Consommateur brésilien (Loi 8.078/90), laquelle est très large, incluant toutes les personnes physiques ou juridiques qui agissent en tant que destinataires finaux d'un produit ou d'un service (art. 2 de la loi 8.078/90), réduisant ainsi le champ d'application de la CIDIP V de 1994, dans le cas où elle serait ratifiée. De cette façon, l'entérinement de la proposition brésilienne de la CIDIP VII, avec une définition plus restrictive du consommateur, aurait ainsi pour effet de faciliter la ratification de la CIDIP V par le Brésil.

Le mérite de la proposition brésilienne est de compléter le système interaméricain, promouvant en même temps la ratification d'autres Conventions actuelles (autres CIDIPs comme celle sur le domicile, les preuves et informations de droit étranger, la CIDIP V sur les contrats internationaux, etc.) et futures (comme par exemple la proposition uruguayenne sur la juridiction et/ou d'autres futures lois-modèles) puisque le projet brésilien vise à réguler simplement la loi applicable aux contrats internationaux de consommation et non pas les contrats nationaux entre fournisseurs et consommateurs. La proposition brésilienne apporte une définition plus restreinte du consommateur (personne physique), mais protège le consommateur

touriste (consommateur mobile, qui sort de son pays de domicile pour contracter) et le consommateur passif (ou non mobile) et permet l'autonomie des parties de façon limitée, validant ainsi la clause d'élection de la loi même dans les relations impliquant les consommateurs. De cette façon, elle ouvre la porte pour la ratification de la CIDIP V de Mexico puisque, si l'élection de la loi est possible même dans les contrats de consommation, il n'y aurait pas de raison pour que celle-ci ne soit pas possible pour les contrats entre deux sujets égaux et professionnels. De plus, la proposition brésilienne pour la CIDIP VII apporte une série d'assurances afin d'augmenter la confiance des consommateurs envers le marché régional. Ainsi, lorsque le consommateur est passif, elle impose un test de la loi la plus favorable au consommateur, de façon à éviter la discrimination envers les consommateurs et l'usage de standards légaux différents, conformes à ceux du domicile du consommateur, échappant ainsi à l'élection de lois facilitatrices et contraires aux droits du consommateur. L'objectif est d'amener une véritable prévisibilité et une assurance pour l'une et l'autre des parties au contrat de consommation, incluant les contrats d'adhésion, puisque dans la majorité des cas, la loi prévue dans ce dernier type de contrat (et validée expressément par la liste de lois parmi lesquelles le choix peut être fait) réglera les relations entre consommateurs et fournisseurs. En résumé, elle réglera donc l'accomplissement volontaire de ce contrat, sans la nécessité de recourir à la justice ou à un forum d'arbitrage pour ce faire. La proposition brésilienne promeut ainsi l'élection de la loi dans le contrat ainsi que le devoir de transmettre cette information préalablement au consommateur, afin que ce dernier puisse choisir une meilleure protection du consommateur en cas de conflits créant des éléments de connexion spéciaux.

3) Suivant l'exemple des pays de l'Union Européenne, le Brésil considère qu'il est meilleur et plus efficace de réguler le thème de la loi applicable aux contrats internationaux et le thème de la juridiction spéciale pour le consommateur dans ces contrats (et délits) par le biais d'instruments différents et de logique indépendante (définitions différentes, connexions différentes, puisque le droit fondamental d'accès à la justice est différent du droit de protection des intérêts économiques du consommateur, etc.), qu'elles soient des lois nationales (modèles) ou internationales (Conventions), promouvant ainsi la signature de Conventions et instruments sur chacun de ces thèmes.

À ce sujet, c'est pourquoi l'opinion brésilienne croit qu'il est aujourd'hui opportun de combler la lacune la plus grave en matière de loi applicable aux contrats internationaux (plutôt qu'en matière de juridiction puisque le Brésil possède déjà un forum spécial pour les consommateurs, utilisé avec succès dans des cas internationaux et invalidant les clauses d'élection du forum dans les contrats d'adhésion). La doctrine brésilienne a suivi l'échec de la Conférence de LaHaye, qui tenta sans succès pendant dix ans de créer une norme générale sur la juridiction et de valider l'élection du forum dans les contrats de consommation. De plus, elle reconnaît les efforts contenus dans la proposition uruguayenne d'une Convention de base pour la région. Les thèmes de procédure, de juridiction, de validité de la clause d'élection du forum et de l'arbitrage de consommation ont des liens très étroits avec les droits humains et fondamentaux d'accès à la justice, tout comme, dans la vision latino-américaine, avec

les normes d'ordre public et ainsi méritent des études spéciales. Dans ce sens, et aussi pour cause de sa complexité actuelle et de l'inexistence d'un consensus à son sujet et ce, même à l'interne, le thème de la juridiction fut exclu de la proposition brésilienne. Dans les processus d'intégration économique dans la région le même phénomène put être observé alors que même le Mercosur⁶⁰ ne réussit pas à faire entrer en vigueur les normes de juridiction spéciales pour la protection des consommateurs prévues par le Protocole de Santa Maria.⁶¹

Les grandes Conventions (*Hard Law*) et même les lois-modèles (*Soft Law*) sur les thèmes des contrats et des procédures civiles internationales régulent généralement simplement le commerce international entre deux professionnels (B2B) et excluent de leur champ d'application les consommateurs, que ce soient celles se référant à l'achat et la vente⁶² ou encore celles se référant au commerce électronique⁶³ et même à l'arbitrage⁶⁴. Il est possible de rencontrer des Conventions fortes et justes en matière de délits ou d'accidents de consommation, comme la Convention de LaHaye de 1973 sur la responsabilité extracontractuelle ou pour les produits complexes ou industrialisés. L'opinion brésilienne est qu'il n'existe pas de lacune en matière de responsabilité pour les produits défectueux.

Pour conclure, il existe clairement un consensus brésilien sur la nécessité de normes spéciales dans le système interaméricain en matière de conflits des lois et en matière de contrats internationaux de consommation, mais on y reconnaît l'importance

⁶⁰ Voir SZAFIR, Dora. El consumidor en el derecho comunitario - Proyecto de protocolo de defensa del consumidor del Mercosur, FCU, Montevideo, 1998, p. 8 et s.

⁶¹ Au sujet des problèmes de ce Protocole et des tentatives du Mercosul, voir: ARROYO, Diego P. Fernández. «La nueva configuración del Derecho Internacional Privado del MERCOSUR: ocho respuestas contra la incertidumbre». In *Revista de Direito do Mercosul*, a. 3, n. 4, p. 38-53, ago. 1999, p. 41 et ARROYO, Diego P. Fernández. *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR - Argentina, Brasil, Uruguay e Paraguay*. Buenos Aires: Zavalia, 2003, p.1032; MARQUES, Cláudia Lima. «Direitos do consumidor no Mercosul: algumas sugestões frente ao impasse». RDC, n. 32, p. 16-44, out./dez. 1999, p. 34-35.

⁶² Voir les exclusions de la Convention de LaHaye sur la loi applicable aux contrats internationaux d'achat et de vente de 1986 (Art.2. *The Convention does not apply to: ...c) sales of goods bought for personal, family or household use, it does, however, apply if the seller at the time of the conclusion of the contract neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use.* Art. 5. *The Convention does not determine the law applicable to ... d) the effects of the sale in respect of any person other than the parties.*), dans la «Convention» UNCITRAL de 1980 sur l'achat et la vente internationale de marchandises - Vienne» (Art. 2. La présente convention ne s'appliquera pas aux achats et ventes: a) de marchandises achetées pour usage personnel, familial ou domestique, sauf que le vendeur à tout moment avant la célébration du contrat ou au moment même de sa célébration, ne sera pas tenu ni ne devra avoir pris connaissance du fait que la marchandise en question est achetée pour un tel usage, ...).

⁶³ Voir l'exclusion dans la nouvelle Convention de l'ONU de 2005, *United Nations Convention on the Use of Electronic Communication in International Contracts*-2005 (Article 2. Exclusions 1. This Convention does not apply to electronic communications relating to any of the following: a) Contracts conclude for personal, family or household purposes.) et dans la plus connue loi-modèle de l'UNCITRAL (Loi Modèle de l'UNCITRAL sur le commerce électronique- UNCITRAL-1996. (Art. 1. Champ d'application. La présente loi* est applicable à tous les types d'information en forme de messages de données utilisés dans le contexte d'activités commerciales. * La présente loi ne déroge à aucune norme juridique destinée à la protection des consommateurs.)).

⁶⁴ Voir ces exclusions dans la Convention de New York de 1958 (ONU), la Convention de Washington de 1965 (ONU), la Convention de Panama de 1975 (OÉA) et la Convention interaméricaine sur l'application extraterritoriale des sentences d'arbitrage étrangères de 1979 (OÉA) et l'exclusion de la loi-modèle sur l'arbitrage commercial de la UNCITRAL (Art. 1. *Scope of application. (1) This Law applies to international commercial arbitration (relationship of a commercial nature)... (5) This Law shall not affect any other law of this State by virtue of which certain disputes may not be submitted to arbitration or may be submitted to arbitration only according to provisions other than those of this Law.*).

des problèmes de procédure civile, lesquels découlent surtout de l'opportunité et de la consolidation de la proposition présentée.

B) La double-leçon de la réunion préparatoire de Porto Alegre : une Convention en matière de loi applicable en tant que consensus latino-américain et la possibilité de l'approbation de lois-modèles et de Conventions lors de la conférence finale pour la CIDIP VII

Sans vouloir faire une conclusion *stricto sensu* de cet article déjà très long, j'aimerais profiter de la prochaine section pour faire quelques observations finales sur les leçons que l'on peut tirer de la réunion de Porto Alegre et des négociations subséquentes.

1. Consensus latino-américain sur la nécessité et sur l'opportunité d'une Convention en matière de loi applicable : l'appui à la proposition brésilienne

L'impressionnant consensus latino-américain sur la nécessité et sur l'opportunité d'adopter une Convention en matière de loi applicable pour la CIDIP VII, atteint lors de la réunion préparatoire, reste une des grande leçon à tirer de cette dernière. Ce consensus fut possible grâce au conductorat de l'Argentine et se manifesta en un appui à la proposition brésilienne, aujourd'hui fortement améliorée par les suggestions des experts et des délégués.

Si on considère que, au contraire des ÉUA et du Canada, les règles de Droit international privé des autres pays de l'OÉA et plus particulièrement celles des pays latino-américains de tradition civiliste ne traitent pas la protection des consommateurs d'une forme spéciale et que presque tous ces pays ont déjà – plutôt – des normes nationales et substantives qui protègent suffisamment les consommateurs, il ne faut pas s'étonner que ces pays latino-américains aient appuyé l'élaboration d'une Convention sur la loi applicable aux contrats de consommation, comme la proposition brésilienne.

La réunion de Porto Alegre a ainsi démontré l'existence d'un consensus parmi les pays latino-américains sur la nécessité de mener à terme les efforts afin que la CIDIP VII se conclue par une Convention sur la loi applicable. Ce consensus découle de l'obligation spéciale de ces pays face à la lacune qui existe aujourd'hui. Comme les Conventions - au contraire des lois-modèles qui présupposent un consensus au sujet du meilleur et du plus efficace modèle législatif existant – lient seulement les pays les ratifiant, la réunion de Porto Alegre permit de constater que toutes les délégations présentes sont disposées à négocier une Convention sur le sujet afin de répondre aux nécessités législatives de ces pays latino-américains, lesquels sont déjà habitués à utiliser la voie de la Convention sur les thèmes qui font consensus.

S'il y a une lacune législative dans les règles de DIP dans les pays d'Amérique latine sur le thème de la protection des consommateurs, la doctrine – au contraire – depuis les années quatre-vingt du vingtième siècle, est très consistante et réclame des normes spéciales de DIP de protection des consommateurs dans les contrats internationaux, non seulement

au Brésil et en Argentine, mais aussi et initialement au Venezuela⁶⁵, en Uruguay⁶⁶, au Paraguay⁶⁷, et Pérou⁶⁸ au en Bolivie⁶⁹.

La réunion de Porto Alegre démontra qu'il fait consensus parmi tous les pays latino-américains que l'OÉA offrirait une excellente contribution si elle élaborait des normes spéciales sur l'indication de la loi applicable aux contrats internationaux de consommation, thème classique du DIP. Ici il y a consensus au sujet de sa nécessité et de son opportunité. Sur le thème de la juridiction de consommation, il paraît avoir moins d'unanimité pour le moment, à cause de sa complexité et de l'expérience récente de l'échec à LaHaye, mais le projet uruguayen est considéré comme important pour initier les premiers pas dans ce sens. Aussi, lors de la réunion de Porto Alegre, on a établi un consensus parmi tous les pays latino-américains présents sur le fait que ces deux thèmes (droit applicable et juridiction) considérés comme des droits fondamentaux dans plusieurs pays devraient être traités par Convention, justement à cause de son importance et de sa relation directe avec les valeurs et les normes constitutionnelles.

À mes yeux, ce consensus ne fut pas atteint seulement parce que le protagoniste de cette proposition pour la CIDIP VII est le Brésil, un pays latino-américain. Au sein du Forum virtuel, les excellentes suggestions des délégations et des experts d'Argentine, d'El Salvador, d'Uruguay, du Paraguay, du Mexique, entre autres, ont démontré qu'il s'agissait ici d'un consensus doctrinaire à la base. Et, à l'origine des idées suivies par la proposition brésilienne, on retrouve des doctrines souvent citées dans ces pays⁷⁰ comme, par exemple, sur la protection du consommateur touriste par le biais de l'autonomie limitée des parties et de la loi la plus favorable au consommateur qui est argentine⁷¹, en plus des influences communes de la doctrine continentale européenne, particulièrement celle d'Erik Jayme et d'autres juristes allemands, français, italiens, portugais, espagnols et hollandais.

⁶⁵ Voir HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio. «Las obligaciones convencionales en la Ley venezolana de Derecho internacional privado», in *DECITA* (Buenos Aires), 01 2004, p. 278 et s. et son oeuvre plus classique sur la clause d'élection du forum dans les contrats internationaux d'adhésion HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio. *Internationale Gerichtsstandsklauseln*, in *Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1993, et plus récemment, HERNÁNDEZ-BRETON, Eugenio. *Problemas Contemporáneos del Derecho Procesal Civil internacional Venezolano*. Caracas: Ed. Sherwood, 2004.

⁶⁶ Voir d'Uruguay: ARRIGHI Jean Michel, «La Protección de los Consumidores y el MERCOSUR», *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 2 (1992), p. 126 et s., ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Derecho del Consumo*, Ed. Del Foro, Montevideo, 2000, p. 5-7, SZAFIR, Dora. *Consumidores*, FCU, Montevideo, 2000, p. 17 et s., SZAFIR, Dora: *El consumidor en el derecho comunitario-Proyecto de protocolo de defensa del consumidor del Mercosur*, FCU, Montevideo, 1998; HARGAIN, Daniel e MIHALI, Gabriel, *Circulación de Bienes en el Mercosur*, Ed. Julio César Faira, Montevideo, 1998; HARGAIN, Daniel e MIHALI, Gabriel. *Contratación Mercantil internacional en el Mercosur*, Ed. Julio César Faira, Montevideo, 1993, p. 113 et s. et TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, *La dimensión judicial del caso privado internacional en el ámbito regional*, Montevideo: FCU, 2002, DELPIAZZO, Carlos E. e VEIGA, María José *Lecciones de Derecho Telemático*. Montevideo, FCU, 2004.

⁶⁷ Voir MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Teoría da Causa*, Asunción: Ed. Intercontinental, 1996, p. 384 et s.

⁶⁸ Voir VEGA MERE, Yuri. *Contratos de consumo*. Lima: Grijley, 2001, p. 171 et s.

⁶⁹ Voir l'article de l'experte bolivienne, republié au Brésil TRINAJEROS ARCE, Érika Patricia. «La protección del consumidor electrónico en los países del MERCOSUR», in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 54 (2005), 173-192.

⁷⁰ Voir LIMA MARQUES, Cláudia, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 301 et s.

⁷¹ Les influences principales furent : BOGGIANO, Antonio, «International Standard Contracts», in *Racueil des Cours*, 1981, I, t. 170, Nijhoff, Dordrecht, 1982, p. 138 et s., «The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America. Universality and genius loci», *Racueil des Cours*, 1992, II, t. 233, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 99-266 et *Cursos de Derecho Internacional Privado*, Abeledo-Perrot, 2000, p. 280; TONIOLLO Javier Alberto, «La protección internacional del

Depuis la décennie des années 90 du vingtième siècle, la doctrine civiliste et du DIP des pays d'Amérique latine revendique une plus grande protection pour le consommateur dans ses relations et transactions, particulièrement en Argentine⁷² et au Brésil.⁷³

Notons que ce fut le Professeur argentin Boggiano⁷⁴, en observant le fonctionnement de la Convention de Rome de 1980 et les règles ouvertes de la doctrine étasunienne (*the better law*), qui proposa, pour la protection des consommateurs, une règle d'autonomie limitée des parties et inversa le *favor offerentis* pour le *favor consumidor* dans les contrats d'adhésion : l'élection des parties prévautra seulement si le choix ainsi fait est la meilleure loi, la loi la plus favorable au consommateur, et ainsi devra, advenant le cas contraire, appliquer la loi du domicile du consommateur. Les normes d'ordre public international et les normes de police ou impératives prévautraient ainsi en tant que limites générales à l'autonomie des parties.⁷⁵

consumidor- Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino», *Revista de Derecho del Mercosur*, v. 2, n. 6, dic. 1998, p. 96, DREYZIN DE KLOR, Adriana, El Mercosur- Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1997 e STIGLITZ, Gabriel, El derecho del consumidor en Argentina y en el Mercosur, in *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, vol. 6, 1995, p. 20 et s. et LORENZETTI, Ricardo Luis. Tratado de los contratos. Buenos Aires- Rubinzal-Culzoni, 1999-2000, vol. I, II e III.

⁷² Voir, pour l'Argentine, BOGGIANO, Antonio, «International Standard Contracts», in *Recueil des Cours*, 1981, I, t. 170, Nijhoff, Dordrecht, 1982, p. 138 et s., BOGGIANO, Curso de Derecho Internacional Privado, Abeledo-Perrot, 2000, p. 280; TONIOLLO Javier Alberto, «La protección internacional del consumidor- Reflexiones desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado Argentino», in *Revista de Derecho del Mercosur*, v. 2, n. 6, dic. 1998, p. 96, FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Org.) *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur- Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Ed. Zavania, Buenos Aires, 2003, DREYZIN DE KLOR, Adriana, El Mercosur- Generador de una nueva fuente de derecho internacional privado, Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1997 e STIGLITZ, Gabriel, «El derecho del consumidor en Argentina y en el MERCOSUR», in *Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, vol. 6, 1995, p. 20 et s. et LORENZETTI, Ricardo Luis. Comercio electrónico. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 256 et s., ainsi que dans notre livre conjoint, LORENZETTI, Ricardo et LIMA MARQUES, Claudia. Contratos de Servicios a los consumidores, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires/Santa Fé, Argentina, 2005, GHERSI, Carlos Alberto (Director), Mercosur- Perspectivas desde el derecho privado- Segunda Parte, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1996, DREYZIN DE KLOR, Adriana, «Derecho Aplicable al comercio electrónico», in *El Futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América- De la CIDIP VI a la CIDIP VIII*, Org. Diego Fernández Arroyo et Fabio Mastrángelo, Córdoba: Ed. Alveroni, 2005, p. 104 et s. et FELDESTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia. «Arbitraje electrónico: una solución para y por Internet», in *DeCITA* (Buenos Aires), vol. 02/2004, p. 275 et s. et ALL, Paula María. «El régimen general de los contratos internacionales en el ámbito del Mercosur. Una asignatura pendiente», in *Derecho Internacional y de la Integración*. Nr. 03 (2006), Santa Fé, p. 171 et s.

⁷³ Pour le Brésil, voir la position de la doctrine in LIMA MARQUES, Cláudia, Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 371 et s., LIMA MARQUES, Claudia (Org.), Estudos sobre a proteção no Brasil e no Mercosul, Editora Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1994, LIMA MARQUES, Claudia. «Some recent developments in Private International Law in Brazil», *Japanese Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002, Tokio, p. 13-50, et TEPEDINO, Gustavo, Multipropriedade Imobiliária, Saraiva, São Paulo, 1993, DE LUCCA, Newton. O «Mercosul e a defesa dos consumidores brasileiros», in *Revista de Derecho del Mercosur*, Buenos Aires, ano 2, n. 5, octubre de 1998, BATISTI, Leonir. Direito do Consumidor para o Mercosul, Ed. Jurua, Curitiba, 1998 RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio, Comentários ao CDC, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 349 et s., KLAUSNER, Eduardo. «Reflexões sobre a proteção do consumidor brasileiro nas relações internacionais de consumo», in TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Internacional Contemporâneo, Estudo em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 375-420 e ARAÚJO, Nádia de. «Contratos internacionais e consumidores nas Américas: análise da proposta brasileira para uma Convenção interamericana na CIDIP VII», in *Revista Brasileira de Direito Internacional*, Curitiba, ano I, nr. 02, 2005, p. 4-38, et ARAÚJO, Nádia de. Contratos internacionais e consumidores nas Américas e no Mercosul: análise da proposta brasileira para uma Convenção interamericana na CIDIP VII, in PIMENTEL, Luis Otávio, ESPLUGUESMOTA, Carlos et BARRAL, Welber (Org.) *Direito Internacional Privado- União Européia e Mercosul*. Florianópolis: Fund. Boiteux, 2007, p. 129 et s. et ARAÚJO, Nádia de. «Contratos internacionais de consumo nas Américas e no Mercosul: regulamentação atual e proposta brasileira para uma Convenção interamericana na CIDIP VII», in TIBURCIO, Carmen et BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Internacional Contemporâneo, Estudo em Homenagem ao Professor Jacob Dolinger*, Renovar: Rio de Janeiro, 2006, p. 705-736, et RICHTER, Kanna. Consumidor e Mercosul. Curitiba: Jurua, 2003, FELLOUS, Beyla Esther. Proteção do consumidor no Mercosul e na União Européia, São Paulo: RT, 2003 et GUERREIRO CRUZ, Carolina Dias. Contratos Internacionais de Consumo – Lei aplicável. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁷⁴ Voir, Boggiano, dans son texte *The Contribution*, p. 138 et 139.

⁷⁵ Boggiano, *The Contribution*, p. 137.

Ces idées furent incorporées dans la proposition originale de 2000, qui sera ensuite connue en tant que « Proposition Lima Marques »⁷⁶, laquelle fut publiée aux ÉUA, au Brésil et en Argentine pour ensuite être présentée et débattue lors de conférences aux ÉUA, au Canada, en Argentine, en Uruguay et en Europe (Allemagne, France, Grande-Bretagne). Mais le point fort de l'acceptation de cette proposition est l'inclusion du thème de la défense des consommateurs dans la « Déclaration de professeurs sud-américains de Droit international privé à propos du futur du processus de la CIDIP » de décembre 2003, connue sous le nom de Déclaration de Cordoba.

Ainsi, les professeurs alors réunis à l'université de Cordoba ont reconnu cette lacune au sein de notre système interaméricain de Conventions, lequel s'est penché sur plusieurs thèmes, mais jamais n'a régulé de façon spéciale le commerce interaméricain entre les consommateurs et les fournisseurs de produits et service, commerce en constante croissance dans la région.

Nous avons peu d'espoir pour l'instant envers la CIDIP V. Celle-ci fut ratifiée seulement par le Mexique et le Venezuela et, depuis 1998, alors que le fameux professeur étasunien Friedrich K. Juenger dans une lettre adressée au Département d'État interrogea les motifs de sa non-acceptation, on lui répondit que la version anglaise de la Convention contiendrait plusieurs « défauts » de façon à rendre inviable son acceptation par les ÉUA. En 2001, le Canada aussi adopta cette position et abonda dans le même sens au sujet de ses difficultés à ratifier la CIDIP V de 1994 sur les contrats internationaux dans sa version anglaise et française⁷⁷. Si le Canada et les ÉUA n'ont pas ratifié la CIDIP V, il y a peu de chances que cette Convention permette la réalisation du dialogue nord-sud, qu'elle facilite la croissance du commerce au sein des Amériques, ou encore moins qu'elle y implique les consommateurs.

Il me semble que les efforts de traiter conjointement les thèmes du contrat international entre deux professionnels (B2B) et du contrat entre consommateurs et fournisseurs (B2C) sont voués à l'échec⁷⁸, de là la sagesse de l'agenda établi par l'OÉA pour la CIDIP VII.

À mon avis personnel, il est nécessaire de créer chez les consommateurs une plus grande confiance envers le système interaméricain et ainsi permettre qu'un plus grand nombre de contrats de consommation soient conclus dans la région. L'élaboration d'une CIDIP VII contenant des règles spéciales de protection des consommateurs est une chance en or afin de réaliser ce dialogue et une nouvelle occasion pour la CIDIP V, maintenant que se distinguent clairement les normes des CIDIPs pour les contrats commerciaux internationaux et les contrats internationaux de consommation.

⁷⁶ Cette dénomination trouve son origine dans le texte du délégué argentin pour l'OÉA, Diego Fernández Arroyo, qui analysait la « propuesta Lima Marques », et qui fut reproduit dans le livre *El Futuro de la codificación del Derecho internacional privado en América. De la CIDIP VI a la CIDIP VIII*, Org. Diego Fernández Arroyo e Fabio Mastrángelo, Córdoba: Ed. Alveroni, 2005, p. 74.

⁷⁷ Voir le rapport du grand professeur vénézuélien, PARRA-ARANGUREN, Gonzalo. « La sexta conferencia especializada interamericana sobre derecho internacional privado (CIDIP –VI, Washington, 2002) », in *Revista de Derecho* (Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela), vol. 6, p. 204-205.

⁷⁸ Ce qui pourrait donner un autre exemple d'échec au sein de l'OÉA. En 2002, la Résolution de la CIDIP VI (CIDIP-VI/Res.6/02) indique qu'on ne peut réussir à atteindre un consensus sur le projet étasunien de « règles Uniformes Interaméricaines en matière de Documents et firmes électroniques », et le fait que celui-ci ne différenciat pas suffisamment les contrats de consommation des autres types de documents, peut être à l'origine de cet échec.

2. L'agenda ouvert et double de la CIDIP VII sur la protection des consommateurs : sagesse de la pluralité permettant le dialogue des différences.

Après ce long rapport, l'observateur aguerri pourrait se demander pourquoi l'agenda de la CIDIP VII continua ainsi, ouvert et double. En d'autres mots, on peut s'interroger sur pourquoi la réunion de Porto Alegre n'a pas permis de décider définitivement si le thème de la loi applicable aux contrats de consommation doit être régulée dans le système interaméricain par le moyen d'une Convention (tel que le suggère la proposition brésilienne) ou par loi-modèle (comme le suggère la proposition canadienne), et sur celui de la juridiction, par Convention (comme le suggère la proposition uruguayenne de bases pour une Convention en la matière) ou par loi-modèle (comme le suggère la proposition canadienne), ainsi que les autres thèmes de réparation (*redress*) par loi-modèle (comme le suggèrent les différentes lois-modèles étasuniennes).

La réponse est simple : «le diable se cache dans les détails», comme l'affirme le dicton populaire. Une décision prise avant la réunion, dans l'abstrait et le général, avant l'examen par les experts des propositions et des discussions, aurait été précipitée. La difficulté d'adopter un agenda fructueux pour la CIDIP VII sur la protection des consommateurs ne concerne pas la décision sur un aspect abstrait, mais plutôt sur son texte concret.

Je m'explique. Une excellente idée de loi-modèle conceptuelle et générale, lorsque transformée en différents petits textes, en viendra à présenter plusieurs règles polémiques pour un système juridique et son origine dans la préoccupation pour la protection des consommateurs deviendra alors hésitante, n'atteindra jamais plus un consensus. Il en est de même lorsqu'une loi-modèle sur la juridiction, en principe flexible et intéressante, laisse clairement comprendre que son acceptation des contrats internationaux de consommation (là où elle serait utile) voudra dire son acceptation de tous les contrats et dispute de consommation ensuite générés, y compris les nationaux (alors qu'il n'y a pas là, de lacune ou de raison pour changer de modèle législatif puisque les Codes de procédures civiles déjà existants sont efficaces). Alors, la loi-modèle la mieux pensée sera refusée puisqu'elle implique le changement de lois nationales efficaces et très utilisées dans le but d'avancer seulement sur des thèmes internationaux. Et, avec les différences de culture juridique existant dans les Amériques, choisir le meilleur modèle législatif du continent ne représentera jamais une décision facile. Tel que l'affirme le dicton, le diable se cache dans les détails.

Un thème sur lequel repose une certitude sur la possibilité d'atteindre un consensus dans le but d'adopter une Convention, comme celui de la loi applicable aux contrats internationaux de consommation, du moins – comme nous l'avons commenté – entre les pays latino-américains, cache un danger semblable. En effet, si le texte de la convention ne reflète pas la symbolique et les aspirations d'avancer dans la protection des consommateurs avec l'application de la loi qui leur est la plus favorable, et, par exemple, ne limite plus l'autonomie des parties ou encore considère toujours la loi des fournisseurs (loi de leur domicile, de leur résidence ou de la maison-mère des fournisseurs, sans aucune autre exigence) comme étant la loi la plus favorable aux consommateurs, il serait alors meilleur d'abandonner le texte et de laisser la protection des consommateurs dans la région telle qu'elle est, c'est-à-

dire de laisser les juges appliquer presque systématiquement leur *lex fori* pour protéger les consommateurs en considérant comme impératives toutes les normes nationales de leurs lois de protection. Comme l'affirme le dicton, le diable se cache dans les détails.

Pour cette raison, s'il y a une grande leçon à tirer de la réunion de Porto Alegre et des négociations du groupe de travail et de rédaction informel qui la suivirent, c'est que la pluralité et le dialogue sont possibles. C'est la sagesse particulière de l'agenda double (loi applicable et procédure civile internationale/instruments d'indemnisation) et ouvert (Convention et/ou Loi-modèle) accepté pour la CIDIP VII sur la protection des consommateurs qui permet un dialogue fructueux, sans censure à la pluralité des préoccupations, nécessités et suggestions des membres de l'OÉA en matière de protection des consommateurs, qu'ils soient de tradition civiliste ou du *Common Law*, qu'ils soient pays industrialisé ou émergents. L'égalité s'est établie dans la pluralité des modèles et des suggestions. Le dialogue s'effectue dans les différences.

C'est pourquoi il me semble que, tout comme l'affirma Jean-Michel Arrighi lors de l'ouverture de la réunion de Porto Alegre, l'apparente témérité de cet agenda ouvert peut donner un nouvel élan et porter de nouveaux fruits au système interaméricain et, qui sait, la CIDIP VII pourra peut-être approuver conjointement et de façon complémentaire Lois-modèles et une Convention afin de faire avancer la protection des consommateurs dans la région.

Cette belle réunion, l'énorme tolérance et la bonne volonté des honorables délégations ainsi que les discussions intelligentes et fructueuses des experts et des délégués servent à confirmer qu'au moins quelques-unes des propositions présentées sont déjà mûres et suffisantes, qu'on a discuté déjà beaucoup à leur sujet, et qu'on a déjà pu atteindre un consensus minimum afin qu'elles soient déposées afin d'être approuvées lors de la conférence finale des États membres pour une CIDIP VII sur la protection des consommateurs. Il me semble que le terrain est préparé et que cette conférence pourrait (et devrait) maintenant être convoquée.

Ensino Jurídico na América Latina¹

Augusto Jaeger Junior²

1. A mobilidade sem fronteiras buscada pelo Processo de Bolonha

Segundo as informações que chegam à América Latina, o Processo de Bolonha, desenvolvido na Europa desde 1999, busca facilitar a mobilidade dos possuidores de títulos universitários e profissionais, na atual sociedade de necessidades cambiantes, para com isso permitir perspectivas de empregos presentes e futuras. As propostas caracterizam-se pela harmonização de sistemas e estruturas educacionais nacionais.

O Processo de Bolonha prevê a adoção de um sistema com graus acadêmicos de fácil equivalência, através da implantação de um suplemento do diploma, que é um documento apenso ao certificado original cujo propósito é melhorar a transparência internacional, de forma a facilitar a mobilidade e a empregabilidade dos estudantes, diplomados, docentes e investigadores promovendo o reconhecimento acadêmico e profissional das qualificações. Prevê também a adoção de um sistema baseado em dois níveis, graduação e pós-graduação, de um sistema de créditos para a mobilidade estudantil, o exercício da mobilidade, a cooperação europeia na avaliação de qualidade a o alcance de um espaço europeu comum de educação superior³.

O Processo de Bolonha significa pesquisas sem fronteiras, poder ensinar e estudar; diplomar-se com um título reconhecível em todos os lados e que possa ser utilizado, para fins profissionais, em toda a Europa.

Por isso ele é entendido como um elemento indispensável à cidadania europeia, capaz de oferecer aos seus cidadãos as aptidões necessárias para enfrentar os desafios do novo milênio, em paralelo com a consciência de partilha dos valores e de pertencimento a um espaço social e cultural comum.

¹ Este artigo consolida a conferência proferida no congresso *Juristenusbildung in Europa: zwischen Tradition und Reform*, ocorrido em Trier, Alemanha, de 23 a 25 de novembro de 2007, a convite dos Profs. Drs. Christian Baldus, de Heidelberg, Thomas Rüfner, de Trier, e Thomas Finkenaue, de Tübingen, aos quais agradeço, e financiado pela Fritz Thyssen Stiftung für Wissenschaftsförderung. Foi publicado originalmente sob o título *Juristenusbildung in Lateinamerika*. In: BALDUS, Christian; FINKENAUER, Thomas; RÜFNER, Thomas (Hrsg.). *Juristenusbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. pp. 279-305. O autor também agradece o apoio do Projeto Conjunto de Pesquisa, Cooperação Científica e de Intercâmbio entre o Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da UFRGS e a Academia Juris Internationalis da Justus-Liebig-Universität Giessen, Alemanha, financiado pela CAPES e pelo DAAD, e as informações recebidas de juristas latino-americanos, em especial de Eliseu Mânica, Nadia de Araújo, Eduardo Capellari, Loussia Penha Musse Felix, do Brasil, Indra Rojas Solano, da Costa Rica, Lucy Arraya, de Santo Domingo, Eugênio Hernández-Bretón, da Venezuela, Michel Levi, do Equador, e Lucas Liendro Kapustik e Mario Edgardo Rojas, da Argentina.

² Professor de Direito Internacional, Direito Comunitário e Direito das Relações Internacionais na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasil, e professor convidado do curso de Administração Estratégica de Negócios na Universidade Nacional de Misiones, Posadas, República Argentina.

³ MOROSINI, Marília Costa (editora). *Enciclopédia de Pedagogia Universitária: glossário*. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2006. v. 2. p. 116-130.

Em maio de 2007 encontraram-se, em Londres, os 46 Ministros de Educação para a Quarta Conferência de Acompanhamento sobre Bolonha e realizaram um balanço positivo. Foi prevista a continuidade do Processo. A Mobilidade é uma questão central. Os sistemas de reconhecimento acadêmico possuem muita relevância no contexto da mobilidade mundial⁴.

Evidentemente que há problemas e preocupações que acompanham o Processo. As carreiras muito estreitas de bacharelados de três anos deixam pouco espaço para experiências que possam ser feitas no exterior. Ademais, uma estadia no exterior é, para a maioria, muito cara, os programas nacionais de incentivo são limitados e as competências em língua estrangeira dos participantes são, normalmente, insuficientes.

Como uma resposta das universidades ao desafio proposto em Bolonha de criar e consolidar um espaço europeu de educação superior e de contribuir para a mobilidade dos estudantes e profissionais, a União Européia gerou o Projeto Tuning Europa, em 2001, envolvendo a participação de 135 universidades. Ele tem por objetivo sintonizar as estruturas educativas da Europa.

Essas experiências do Espaço Europeu de Educação Superior se tornaram conhecidas na América Latina. A necessidade de compatibilização da educação superior se mostrou não ser uma aspiração exclusiva da Europa⁵.

Na América Latina, acreditava-se haver uma crescente demanda de compatibilização dos programas de formação entre universidades para o favorecimento da mobilidade e do intercâmbio de estudantes e professores. O reconhecimento automático de títulos, perspectivas de empregos e manutenção dos mesmos, mais a atratividade dos custos de uma pós-graduação em todas as áreas têm levado milhares de brasileiros fronteiriços aos países vizinhos, por exemplo, em busca de serviços educacionais. Então, não é de se espantar a simpatia que colhem essas idéias.

As universidades européias tinham interesse em conhecer quais seriam as conclusões a que chegariam as suas correspondentes latino-americanas. Existia uma grande expectativa em saber o grau de correlação que teriam os resultados obtidos na Europa com aqueles a serem obtidos na América Latina.

A idéia de criar algo similar surgiu na IV Reunião de Seguimento do Espaço Comum de Ensino Superior da União Européia, América Latina e Caribe, celebrada em outubro de 2002, em Córdoba, Espanha. Lá, os representantes latino-americanos, após escutarem a apresentação dos resultados do Projeto Tuning Europa, propuseram um projeto

⁴ GONZÁLES, Julia; WAGENAAR, Robert; BENEITONE, Pablo. Tuning-América Latina: un Proyecto de las Universidades. Revista Iberoamericana de Educación, n. 35, may./ago. 2004, p. 154.

⁵ GONZÁLES, Julia; WAGENAAR, Robert; BENEITONE, Pablo. Tuning-América Latina: un Proyecto de las Universidades. Revista Iberoamericana de Educación, n. 35, a. 2004, p. 153.

na América Latina. Ele foi apresentado à Comissão Europeia em outubro de 2003⁶. Ele é subvencionado pela Comissão Europeia e por ministérios de educação latino-americanos, dentro do marco do Projeto Alfa. A Universidade de Deusto, em Bilbao, foi encarregada para a execução das tarefas.

Ante a esses fatos, eu me proponho a responder as seguintes perguntas: Há experiências na América Latina como a do Processo de Bolonha? Elas serviriam ao direito? Quanto a essa ciência, porque não houve experiências ou porque as experiências que a América Latina conheceu não tiveram sucesso?

2. Projeto Tuning América Latina

O Projeto Tuning América Latina iniciou em 2004 e contou com 19 países, que juntos possuem uma população de mais de quinhentos milhões de pessoas, dentre os quais 15 milhões de estudantes no sistema universitário, e com 190 universidades latino-americanas. Ele surge em um contexto de intensa reflexão sobre a educação superior e de busca por uma informação confiável e objetiva sobre a oferta de educação no Continente⁷.

Como na Europa, através de perspectivas que possam facilitar a mobilidade dos possuidores de títulos universitários e profissionais, a versão latino-americana do projeto tem como meta impulsionar consensos sobre a forma de entender os títulos acadêmicos, a partir das competências genéricas e específicas que os seus possuidores sejam capazes de realizar. O ponto de partida do Projeto é a busca de pontos comuns de referência centrados em competências e destrezas baseadas sempre no conhecimento⁸.

Uma definição sobre competência não é facilmente encontrada. Tuning Europa apresenta a seguinte, que tem sido uma base para o projeto latino-americano: as competências representam uma combinação dinâmica de conhecimento, compreensão, capacidades e habilidades. Fomentar as competências é o objeto dos programas educativos. As competências se formam em várias unidades do curso e são avaliadas em diferentes etapas. Podem estar divididas em competências relacionadas com uma área de conhecimento (específicas de um campo de estudo) e competências genéricas (comuns para diferentes cursos)⁹.

⁶ GONZÁLES, Julia; WAGENAAR, Robert; BENEITONE, Pablo. Tuning-América Latina: un Proyecto de las Universidades. Revista Iberoamericana de Educación, n. 35, a. 2004, p. 155.

⁷ Sobre as características dos sistemas de educação superior na América Latina, sobre os impactos da globalização nas universidades e a internalização das mesmas ver as obras MOROSINI, Marília Costa (Org.). Mercosul/Mercosur: políticas e ações universitárias. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1998. 251 p.; MOROSINI, Marília Costa; LEITE, Denise (Orgs.). Universidade e integração no Cone Sul. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1992. 135 p.; MOROSINI, Marília Costa (Org.). Universidade no Mercosul: condicionantes e desafios. São Paulo: Cortez, 1994. 308 p.; e MOROSINI, Marília Costa. Estado do conhecimento sobre internalização da educação superior: conceitos e práticas. Educar em Revista. Curitiba: Editora UFPR, jul./dez. 2006. p. 107-124.

⁸ GONZÁLES, Julia; WAGENAAR, Robert; BENEITONE, Pablo. Tuning-América Latina: un Proyecto de las Universidades. Revista Iberoamericana de Educación, n. 35, a. 2004, p. 156.

⁹ REFLEXIONES y Perspectivas de la Educación Superior en América Latina: Informe Final – Proyecto Tuning América Latina (2004-2007). 432 p.

Disponível em: http://tuning.unideusto.org/tuningal/index.php?option=com_docman&task=view_category&catid=22&Itemid=191&order=dmdate_published&ascdesc=ASC. Acesso em 15.11.2007.

As competências são descritas como referências para o desenho e a avaliação dos planos de estudos e não como “camisas de força”. As referências garantem flexibilidade e autonomia na construção dos planos de estudo e proporcionam uma “linguagem compartilhada” com aquele que descrever os seus objetivos. Assim, os conhecimentos e habilidades mais importantes que um estudante tenha que adquirir durante o processo de aprendizagem devem determinar os conteúdos do programa de estudo.

As competências representam uma combinação de atributos em relação ao conhecer e compreender (conhecimento teórico de um campo acadêmico), ao saber como atuar (aplicação prática e operativa da base do conhecimento) e ao saber como ser (valores como parte integrante da forma de perceber os outros e viver em um contexto) que possa ser gerada em qualquer titulação e que seja considerada importante por certos grupos sociais.

O Projeto Tuning informa que a opção por um ensino baseado no conceito de competência pode trazer as seguintes vantagens para a educação: identificar perfis profissionais e acadêmicos das titulações e programas de estudos; desenvolver um novo paradigma de educação, primordialmente centrada no estudante e na necessidade de gestão de conhecimento; responder as crescentes demandas de uma sociedade de aprendizagem permanente e de uma maior flexibilidade na organização da aprendizagem; contribuir para a busca de níveis mais elevados de empregabilidade e cidadania; propiciar um impulso para a construção e consolidação de um Espaço de Educação Superior; consolidar programas que fomentem uma intensa mobilidade de estudantes e professores; e estimular acordos para a definição de uma linguagem comum, que facilite o intercâmbio e o diálogo entre os diferentes grupos interessados.

O interesse no desenvolvimento de competências concorda com o enfoque de uma educação centrada no estudante e em sua capacidade de aprender, exigindo mais compromisso dele, já que é ele mesmo que deve desenvolver as competências.

De fato, um dos paradigmas da educação atual é que o centro do processo de ensino-aprendizagem deixa de ser o professor e passa a ser o estudante. Torna-se necessário que o docente ceda o cenário, o protagonismo, a palavra e o tempo aos estudantes. Assim, a educação centrada no ensino passa a ser sustentada na aprendizagem. O estudante passa a ter uma participação ativa na construção da sua própria aprendizagem, se convertendo, assim, o professor em um grande facilitador que oferta aos estudantes os recursos de informação, métodos, ferramentas, cria ambientes e os acompanha ao longo de todo o processo, elevando a sua motivação pelo aprender e compreender a utilidade da aprendizagem. A idéia é que as universidades formem os seus estudantes com a perspectiva que a aprendizagem seja uma tarefa vitalícia, para uma carreira produtiva e para a cidadania.

3. Projeto Tuning América Latina e Ensino Jurídico

O Grupo de Estudo do Projeto Tuning para o direito foi constituído em fevereiro de 2006. Ele também tinha como ponto de partida avançar em um desenvolvimento

de titulações comparáveis e compreensíveis, facilitando, com isso, os processos de reconhecimento de títulos e permitindo a mobilidade de estudantes, profissionais e acadêmicos.

Vale uma referência à menção sempre presente nos comunicados oficiais de que o Projeto entende ser fundamental a proteção da diversidade da educação latino-americana e que sob nenhum aspecto ele busca restringir a independência dos especialistas ou prejudicar as autoridades. Tampouco desenvolver uma espécie de currículo único¹⁰. Assim também é o seu lema: harmonização das estruturas e programas educativos respeitando sua diversidade e autonomia.

Com essa atitude, o Projeto se mostrava conhecedor da importância de ver o ensino do direito em um contexto complexo, com realidades particulares da América Latina, como por exemplo: o retorno à democracia ocorrido nos anos 80, com diferentes graus de desenvolvimento e profundidade; o reconhecimento dos direitos humanos como objeto de um sistema jurídico; a crise do Estado de bem-estar; os graves problemas nos processos de integração entre os Estados; os problemas derivados do grau de desenvolvimento econômico dos Estados, a problemática das migrações internas; e as dificuldades relativas à preservação do meio ambiente.

De fato, o direito é um dos cursos mais antigos no espaço educacional latino-americano. Ele conta com uma larga história quanto à organização do seu currículo, metodologia de ensino, objetivos de aprendizagem e formação de docentes. Isso, em muitas situações, poderia se contrapor a um modelo de formação por competências.

Permitam-me dirigir-me aos resultados da busca por informações quanto à formação em direito, ao nível de graduação em direito, ao mapa de profissões, ao sistema de créditos e às competências específicas da disciplina. Eles foram colhidos na publicação oficial *Reflexões e Perspectivas da Educação Superior na América Latina*, Informe Final do Projeto Tuning América Latina (2004-2007), assinada pelas Universidades de Deusto e de Groningen.

3.1 Formação em direito

A dogmática jurídica é a matriz teórica dominante na maior parte dos cursos, com ênfase metodológica na transmissão de conteúdos teóricos por parte do docente e a absorção desses pelos estudantes. Os processos de aprendizagem são fundados em uma metodologia de assimilação não-crítica de proposições teóricas ou memorização de normas jurídicas.

Em alguns países, são conhecidas iniciativas de reformas de currículos, com a adoção de propostas de flexibilização, ênfase em formação prática, retorno a uma formação mais crítica, com o estudo das relações entre o direito e as outras ciências sociais e uma maior participação dos estudantes no processo de ensino e aprendizagem.

¹⁰ GONZÁLES, Julia; WAGENAAR, Robert; BENEITONE, Pablo. Tuning-América Latina: un Proyecto de las Universidades. Revista Iberoamericana de Educación, n. 35, a. 2004, p. 156.

3.2 Nível do curso de graduação em direito

O curso para a obtenção de um título de graduação tem uma duração média de cinco anos. Os concluintes obtêm, na maior parte dos países, o título de advogado. O título de bacharel em direito é o outorgado pelo Brasil, país em que, para o exercício da profissão de advogado, se há que prestar uma prova perante a Ordem dos Advogados do Brasil. A denominação de licenciado em Ciências Jurídicas é utilizada em El Salvador e na Nicarágua. O Chile outorga um título de licenciado em Ciências Jurídicas e Sociais, sendo nesse país o título de advogado outorgado pela Corte Suprema.

O continente também conhece as titulações mais avançadas, como as especializações, mestrados e doutorados, o que demonstra o seu encaminhamento para um sistema de educação continuada. Nesse sentido, a formação em uma pós-graduação para o exercício da docência está sendo progressivamente requerida e constitui um critério de qualidade em muitos países.

3.3 Mapa de profissões

Na América Latina, muitos estudantes procuram a formação jurídica como um meio para reforçar uma profissão preexistente, como é o caso de muitos funcionários públicos de nível médio.

As principais atividades e funções desempenhadas pelos graduados em direito são: magistratura, em nível federal, estadual e municipal, em alguns Estados; Ministério Público, como Procuradores da República e Promotores de Justiça; auxiliares da administração judicial, como escrivãos, oficiais de justiça; administradores do Estado, como Procuradores do Estado, defensores públicos, assessores jurídicos legislativos e funcionários cartorários; funcionários da segurança pública, como dos órgãos policiais e penitenciários; docentes em instituições públicas e privadas; e advogados litigantes, empregados, consultores, investigadores, assessores jurídicos de empresas e de organizações não-governamentais.

3.4 Sistema de créditos

O Projeto Tuning também averiguou como é o sistema de créditos acadêmicos na América Latina.

Como crédito, entende-se a unidade de medida do trabalho acadêmico, que requer do estudante competências profissionais de nível superior. Ele pode basear-se em distintos parâmetros como a carga horária, estudos independentes, estudos de campo, trabalhos em laboratórios, oficinas e outros, bem como em resultados de aprendizagem¹¹.

¹¹ REFLEXIONES y Perspectivas de la Educación Superior en América Latina: Informe Final – Proyecto Tuning América Latina (2004-2007), p. 415.

Um sistema nacional de créditos acadêmicos existe apenas em El Salvador e Honduras em um universo de 16 países consultados. Outros seis países prevêem alguns convênios, têm um sistema para determinadas atividades ou realizam estudos com essa finalidade¹².

Em algumas ocasiões, os currículos das diferentes instituições não estão integrados sequer no interior de um mesmo país.

3.5 Resultados das pesquisas realizadas sobre as competências específicas da disciplina

O Grupo de Trabalho elaborou uma lista com 24 competências específicas para o direito. A consulta referiu-se ao nível de importância atribuído a cada uma delas e ao grau de realização das mesmas. Por exemplo, a lista começava com “conhecer, interpretar e aplicar os princípios gerais do direito e do ordenamento jurídico” e terminava com “agir de maneira leal, diligente e transparente na defesa do interesse das pessoas representadas”.

O questionário sobre as competências específicas foi aplicado em 13 países, tendo sido respondido por mais de dois mil acadêmicos, empregadores, estudantes e graduados entre abril e maio de 2006.

Posteriormente, em Bruxelas, em junho de 2006, os resultados foram analisados, quando então foram detectados os graus de realização e de importância atribuído às competências.

As quatro competências mais importantes para os quatro grupos de entrevistados foram: capacidade de racionalizar e argumentar juridicamente; agir de maneira leal, diligente e transparente na defesa de interesses das pessoas que representa; conhecer, interpretar e aplicar os princípios gerais do direito e do ordenamento jurídico; ser consciente da dimensão ética da profissão jurídica e da responsabilidade social do graduado em direito e agir em correspondência.

As quatro menos importantes para os quatro grupos de entrevistados foram: conhecer uma língua estrangeira que permita o desempenho eficiente no âmbito jurídico; capacidade de trabalhar em equipes interdisciplinares como peritos em direito, contribuindo de maneira efetiva às suas tarefas; capacidade de exercer a sua profissão trabalhando em equipe com colegas; e considerar a pertinência do uso de meios alternativos na solução de conflitos.

As duas competências mais relevantes para os acadêmicos e para os estudantes foram capacidade de racionalizar e argumentar juridicamente e atuar de maneira leal, diligente e transparente na defesa dos interesses das pessoas que representa.

As duas competências mais relevantes para os graduados foram exatamente o inverso das vistas acima.

¹² REFLEXIONES y Perspectivas de la Educación Superior en América Latina: Informe Final – Proyecto Tuning América Latina (2004-2007), p. 415-416.

E as duas competências mais relevantes para os empregadores foram atuar de maneira leal, diligente e transparente na defesa dos interesses das pessoas que representa e conhecer, interpretar e aplicar os princípios gerais do direito e do ordenamento jurídico.

Os dirigentes do projeto expuseram que, em todos os grupos consultados, nenhuma das competências específicas recebeu uma nota menor que 3, em uma escala de 1 a 4, o que demonstra que não há competência considerada sem importância. Os resultados revelam pouca distância numérica entre a competência mais importante e a menos importante. Também, que a priorização das competências capacidade de racionalizar e argumentar juridicamente e atuar de maneira leal, diligente e transparente na defesa dos interesses das pessoas que representa pode ser interpretada como um sinal de alerta com respeito à concepção tradicional do ensino do direito. Nesse sentido, a primeira das competências revela uma forte valorização do papel do advogado como profissional que facilita a solução de problemas jurídicos e a segunda das competências revela a apreciação do comportamento ético dos advogados, dos quais se espera que dêem confiança a seus clientes e à sociedade em geral.

A 5ª. e última Reunião Geral do Projeto ocorreu em fevereiro de 2007, na Cidade do México.

Outras informações encontradas pelo Projeto Tuning América Latina¹³ conduzem à conclusão de que é patente a crise do modelo de formação jurídica, caracterizado por uma excessiva valorização da memorização e da análise básica de normas jurídicas.

A realidade apontada é que, comprovadamente, um grande número de alunos ingressa em instituições de ensino superior sem ter adquirido as competências básicas de leitura e escrita de textos, capacidades para o raciocínio lógico matemático, capacidade de análise e de síntese, capacidade de argumentação, etc.

Os resultados do Projeto Tuning América Latina, produtos de uma pesquisa em distintos grupos sociais em cada um dos países, foram apontados como de grande relevância especialmente por terem permitido a elaboração de uma caracterização da educação superior no Continente e constatado a necessidade de modificações no ensino do direito.

Tuning América Latina representou uma positiva e intensa experiência de diálogo. Nesses anos iniciais do Projeto, foi construído um espaço de diálogo que contribuirá para a criação de um sistema educativo mais sensível aos novos desafios, no qual foram discutidos com profundidade, por áreas temáticas, aspectos como a definição de perfis através de competências.

São previstos para os próximos anos a discussão e o debate do projeto e dos seus resultados no interior das universidades e dos países participantes, bem como constitui um desafio básico a criação, nas faculdades de direito, de um espaço de reflexão crítica dos atores comprometidos com o ensino, que devem avançar através da busca de consensos. Quanto ao objetivo da mobilidade de estudantes e professores, há a proposta do incremento dos estudos para o avanço da comparabilidade das titulações.

¹³ REFLEXIONES y Perspectivas de la Educación Superior en América Latina: Informe Final – Proyecto Tuning América Latina (2004-2007). 432p.

A realização do Projeto Tuning América Latina, em resposta ao meu primeiro questionamento, vem explicitar que há, sim, estudos na América Latina a exemplo das iniciativas propostas em Bolonha, em especial quanto à adoção de um sistema de educação superior baseado em competências. As iniciativas têm abrangido o ensino jurídico.

Todavia, a América Latina não tem uma data para criar um Espaço de Educação Superior, tampouco conta com um marco político tão encaminhado como o que possui a Europa¹⁴. As principais diferenças entre o Tuning Europa e o Tuning América Latina se radicam no momento político que vive a Europa e aquele da América Latina. A Europa possui um projeto comum. A União Européia está cada vez mais ampla, diversa e multicultural e vem avançando em seu processo de integração¹⁵. Já a América Latina avança em diferentes processos de integração regional ou sub-regional, em ritmos diversos.

A minha segunda questão é saber se estas propostas servem para o ensino jurídico. O que o Projeto Tuning propõe ainda não está implementado para nenhuma ciência. As dúvidas de se as suas estratégias são válidas para o direito aumentam na medida em que são expostas as realidades dos países latino-americanos e dos blocos de integração que poderiam se responsabilizar por tais questões sociais.

4. Referências ao ensino jurídico em países latino-americanos

O que existe em matéria de harmonização de sistemas educativos foi construído pelo Convênio Andrés Bello, que reúne diversos países latino-americanos, com sede em Bogotá. Este convênio, assinado em 1970, criou uma organização internacional de caráter intergovernamental que tem como objetivo o fortalecimento dos processos de integração educativa e a configuração e o desenvolvimento de um espaço cultural comum¹⁶. Por ter estabelecido um regime de equivalência de títulos, é apontado como um processo pioneiro na América Latina. A Espanha aderiu ao convênio em 1990 e isso permite a muitos estudantes o ingresso em universidades espanholas.

Na América Central, há um antecedente pouco conhecido que é o Tratado de Confraternidad Centroamericana de 1934, que se refere à unificação da educação elementar, secundária e profissional e superior. Em 1948, foi criada a Confederación de Universidades Centroamericanas, origem do Consejo Superior Universitario. Em 1949, foi criada a Unión de Universidades Latinoamericanas, com sede em Guatemala.

A Comunidade Andina tem um programa para implementar um esquema de harmonização curricular em nível da subregião entre Colômbia, Equador, Peru e Bolívia.

No sistema interamericano da Organização dos Estados Americanos, as Jornadas de Direito Internacional têm sido um foro para a discussão de temas ligados ao ensino em uma

¹⁴ GONZÁLES, Julia; WAGENAAR, Robert; BENEITONE, Pablo. Tuning-América Latina: un Proyecto de las Universidades. Revista Iberoamericana de Educación, n. 35, a. 2004, p. 161.

¹⁵ GONZÁLES, Julia; WAGENAAR, Robert; BENEITONE, Pablo. Tuning-América Latina: un Proyecto de las Universidades. Revista Iberoamericana de Educación, n. 35, a. 2004, p. 160.

¹⁶ MOROSINI, Marília Costa (editora). Enciclopédia de Pedagogia Universitária: glossário. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2006. v. 2. p. 139-140.

matéria específica, o direito internacional, tanto público como privado. Ainda que não seja mencionada a harmonização dos currículos, há uma preocupação em relação à importância do ensino do direito internacional, assim como a sua integração obrigatória nos programas de estudos.

Vejam-se algumas realidades em particular:

República Dominicana: há catorze instituições onde se pode estudar direito, o que é considerado muito, pois se trata de um país pequeno. Talvez por isso o país apresente a maior taxa de advogados por cada 100 mil habitantes do continente, que é 46,24, perante uma média de 12,38¹⁷. Uma das instituições é pública. O sistema jurídico se baseia na Família Romano-Germânica. O direito civil e comercial está baseado no sistema francês e até um pouco mais de um ano o código processual penal era uma cópia do francês. Agora entrou um novo em vigor, que contempla aspectos do sistema francês, do anglo-saxão e do norte-americano. O curso de direito tem uma duração de quatro anos. O currículo tem aproximadamente 30 ou 35 matérias e depende da universidade e da filosofia da mesma. Muito comum de constar nele é um expressivo número de disciplinas de francês. Ao finalizarem os estudos os estudantes devem apresentar uma monografia para graduarem-se e devem prestar juramento na Suprema Corte de Justiça para obter a habilitação profissional.

Costa Rica: a formação dos juristas é positivista, com uma base jus-filosófica fundamentada na teoria, muito contrária aos sistemas baseados em formação prática e estudos de casos. Há 39 cursos no país, o que é considerado muito, pois se trata de um país pequeno. As faculdades públicas operam por semestres e as privadas por quadrimestres. Geralmente o curso tem uma duração de 5 anos.

Chile: não há antecedentes de harmonização de currículos nas faculdades de direito chilenas.

Equador: o país possui um acordo específico de reconhecimento mútuo de diplomas de direito e outras carreiras com o Chile, o que permite àquelas pessoas que obtiverem um diploma no Equador ou no Chile exercerem diretamente a profissão de advogado sem a necessidade de reconhecimento ou homologação alguma.

Venezuela: não há esforços específicos de harmonização dos programas de estudo de direito, ainda que se pareçam bastante os programas das 22 faculdades venezuelanas.

Argentina: o ensino jurídico é oferecido por 17 faculdades de direito públicas e outras tantas privadas. O currículo é integrado por, normalmente, 26 a 35 disciplinas obrigatórias.

Uruguai: há apenas uma faculdade de direito pública, que é a Universidad de la República.

¹⁷ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Características y Desafíos de la Enseñanza Legal Latinoamericana. 7 p. Disponível em: <http://www.aals.org/2000international/>. Acesso em 15.11.2007.

Há certa unanimidade entre os juristas latino-americanos em afirmar que essas realidades são diversas e constituídas por culturas distintas, o que impede pensamentos de uma harmonização de sistemas educativos, por exemplo, entre Caribe e Brasil, ou mesmo entre Peru, Equador e Brasil.

O problema principal que explicaria a falta de intenções de unificação é o pouco interesse recíproco que tradicionalmente tem entre si os países da região. Eles preferiram olhar a Europa antes de ver a realidade de seus vizinhos. Há uma espécie de complexo de inferioridade frente à Europa e aos Estados Unidos da América e, por isso, se considera que as experiências dos países vizinhos são de pouca qualidade.

A integração latino-americana é carente e isso fez com que a questão jurídica não seja muito valorizada. Se parte da idéia de que o Direito é um produto estritamente nacional que responde às necessidades nacionais exclusivamente e por isso nada há para se uniformizar com os países vizinhos. O que se busca é que os títulos que sejam outorgados nos países sejam reconhecidos na Europa, principalmente na Espanha. Em suma, os países não parecem ter descoberto razões para uniformizar os programas de ensino em direito.

5. Ensino Jurídico no Mercosul

Eu gostaria de dar atenção agora a realidades próximas. Por isso vou tratar do Mercosul em separado.

5.1 Disposições do processo de integração

O Mercosul é um bloco de integração econômica criado pelo Tratado de Assunção em 1991, que reúne quatro Estados, a saber Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Ele encontra-se em uma etapa nebulosa entre uma zona de livre comércio não-concluída e uma união aduaneira imperfeita, portanto longe do alcance de um mercado comum. A possível adesão da Venezuela é debatida.

O processo de integração do Mercosul tem planos estratégicos para a área da educação. O Mercosul Educativo, por exemplo, nascido em 1992, objetiva a integração educativa regional, o conhecimento dos sistemas de educação superior e a elaboração de políticas para a harmonização dos mesmos¹⁸.

O último plano foi fixado para o período de 2006 a 2010. Ele inclui, entre outros objetivos, a mobilidade acadêmica e profissional e a cooperação interinstitucional. Atualmente, o Mercosul implementa um Mecanismo Experimental de Créditos de cursos de graduação.

Estas discussões pouco avançam em virtude das diferenças regionais. O sistema argentino de formação do profissional do direito aproxima-se mais do sistema europeu, enquanto o brasileiro do modelo norte-americano, por exemplo.

¹⁸ MOROSINI, Manlia Costa (editora). Enciclopédia de Pedagogia Universitária: glossário. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2006. v. 2. p. 149-151.

Nos últimos anos, tem sido valorizada a multilateralidade funcional, especialmente através da geração de instrumentos flexíveis de cooperação, como redes universitárias e alianças estratégicas. Esse é o caso, por exemplo, da Associação de Universidades do Grupo Montevidéu¹⁹, da qual a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, onde eu exerço as minhas atividades, participa.

O tema mais freqüente no Mercosul é o do reconhecimento dos títulos universitários pelos demais Estados-partes do processo de integração econômica. O reconhecimento é unicamente para o exercício de atividades acadêmicas de docência e pesquisa, não produzindo efeitos para o exercício da profissão. Os postulantes deverão submeter-se às mesmas exigências previstas para os nacionais do Estado-parte onde pretendem exercer atividades acadêmicas. Nesse sentido é o recente Parecer CNE/CES n. 106/2007, de 9 de maio de 2007, do Conselho Nacional de Educação do Brasil, sobre a admissão de títulos de pós-graduação obtidos nos Estados-partes do Mercosul. O Brasil é muito requisitado a promover reconhecimentos, mormente por nacionais que realizaram cursos nos países vizinhos.

O Mercosul, em 14 de junho de 1999, assinou o Acordo de Admissão de Títulos e Graus Universitários para o Exercício de Atividades Acadêmicas nos seus Estados-partes, instalando um procedimento de admissão que parecia diferenciar-se do reconhecimento.

Uma legislação brasileira de 23 de agosto de 2005 internalizou o Acordo de Admissão. O Conselho Nacional de Educação foi instado a manifestar-se oficialmente sobre como as universidades deveriam proceder em relação a esses títulos.

A discussão girou em torno dos seguintes aspectos: que o Acordo, em seu artigo primeiro, prevê que a referida admissão deveria ocorrer segundo procedimentos e critérios a serem estabelecidos para a implementação do Acordo, o que ainda não existe; que os órgãos governamentais deveriam criar uma padronização, para evitar que o interessado deva provar suas credenciais em mais de uma instituição quando ele trabalha em mais de uma instituição; que a aplicabilidade dada ao título seria exclusiva para a instituição de ensino brasileira que proceder ao exame do mesmo para os fins de docência e pesquisa; e que o Acordo de Admissão de títulos do Mercosul não afasta a aplicabilidade do mecanismo brasileiro de revalidação e reconhecimento de títulos de que trata a Lei de Diretrizes e Bases da Educação n. 9.394, de 1996, em seu artigo 48, que produz efeitos distintos do efeito produzido pelo novo procedimento.

Em síntese, as discussões sobre o Acordo de Admissão convergiram para o seguinte entendimento: que os organismos competentes para proceder a admissão dos títulos no Brasil seguem sendo as universidades; que essas ainda não contam com o acesso às informações

¹⁹ MOROSINI, Marília Costa (editora). *Enciclopédia de Pedagogia Universitária: glossário*. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2006. v. 2 p. 149 e PINTO, Mónica. *Legal Education in Argentina and other South Latin American Countries*. 10 p. Disponível em: <http://www.aals.org/2000international/>. Acesso em 15.11.2007.

sobre as agências credenciadas, os critérios de avaliação e os cursos credenciados, que deveriam estar disponíveis através do Sistema de Informação e Comunicação do Mercosul, segundo o Acordo de Admissão; que o Acordo de Admissão não instituiu a validade automática no Brasil dos títulos obtidos nos demais Estados-partes do Mercosul; que para as atividades profissionais é necessário o reconhecimento e que a atividade de ensino é uma atividade profissional; que o instituto da admissão, previsto no Acordo, é para as ações de caráter temporário, como parcerias multinacionais, grupos de pesquisa, co-orientação de pós-graduandos, ministrar aulas como professor colaborador, organizar obras em conjunto, pois uma demora do reconhecimento inviabilizaria o intercâmbio de docentes, que é o objetivo do Acordo. Nesse sentido, não se justificaria o ônus do reconhecimento a quem não pretende permanecer no Brasil; e que um entendimento contrário a esse dispensaria, por exemplo, um professor de direito, responsável pela qualidade das aulas dos futuros advogados, das exigências feitas a um advogado que queira exercer a profissão.

O parecer diz que o Acordo de Admissão de títulos do Mercosul não afasta a aplicabilidade do mecanismo brasileiro de revalidação e reconhecimento de títulos de que trata a Lei de Diretrizes e Bases da Educação n. 9.394, de 1996, em seu artigo 48, que produz efeitos distintos do efeito produzido pelo novo procedimento, e que o instituto da admissão, previsto no Acordo, é para as ações de caráter temporário, como parcerias multinacionais, grupos de pesquisa, co-orientação de pós-graduandos, ministrar aulas como professor colaborador e organizar obras em conjunto.

A doutrina tem se manifestado contra essa solução, ao entender que esses títulos seriam válidos por si, sem a necessidade de qualquer reconhecimento, respeitadas as atividades de docência e pesquisa, uma vez que o Acordo teria sido integrado à ordem jurídica interna na mesma hierarquia da Lei de Diretrizes e Bases da Educação²⁰.

A conclusão é que as regras do Mercosul são ainda insuficientes para a atuação de advogados e docentes nos Estados-partes. Ainda que todos os países reconheçam constitucionalmente a igualdade entre nacionais e estrangeiros para fins de exercício de profissões e atividades econômicas.

O Mercosul não estabelece nenhuma regra específica sobre o exercício da advocacia em seus tratados. Há apenas uma referência genérica sobre “livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países”²¹. Em verdade, a educação não é um item expressamente mencionado no Tratado de Assunção²².

²⁰ NUNES, Alceu Ferreira. A validade dos diplomas obtidos nos países do Mercosul. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 11, n. 1462, 3 jul. 2007. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 3 de novembro de 2007.

²¹ JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercosul e a livre circulação de pessoas*. São Paulo: LTr, 2000. 190 p.

²² PINTO, Mónica. *Legal Education in Argentina and other South Latin American Countries*. 10 p.

5.2 Legislações dos Estados-partes do Mercosul

Nessa pesquisa, não foram encontrados estudos comparativos sobre como ocorre o ensino jurídico nos países do Mercosul²³. Todavia, foi encontrada uma tese comparativa sobre o exercício profissional do advogado nos países do Mercosul, da lavra de Eliseu Mânica²⁴. Seu estudo aponta as semelhanças e diferenças existentes nos critérios e procedimentos de habilitação do advogado nos quatro países.

Constatações que muito interessam tratam da heterogeneidade dos currículos dos cursos de direito e das dificuldades para o reconhecimento dos diplomas, ademais dos obstáculos gerados pelas diferenças nos critérios adotados para a habilitação profissional.

Ante a não-existência, hoje, de uma harmonização em nenhuma dessas questões, o autor elabora sugestões para promover a convergência nos currículos, como pressuposto para o reconhecimento dos diplomas, e para estabelecer critérios comuns para a habilitação profissional.

De fato, diferentemente do Mercosul, as legislações internas dos Estados-partes definem critérios e normas procedimentais para a habilitação profissional, alguns semelhantes e outros diferentes.

Tome-se por exemplo a Argentina. Nesse Estado-parte, os critérios de habilitação do advogado são estabelecidos por leis provinciais e das cidades. O ato de inscrição é realizado perante o Colégio Público de Advogados. Os critérios para o graduado em direito obter inscrição nele são os seguintes: acreditar a identidade pessoal mediante a exibição de documento; apresentar título de advogado expedido ou reconhecido por autoridade nacional; informar o domicílio real e constituir um especial na Capital Federal; declarar, sob juramento, não estar abrangido por nenhuma das incompatibilidades ou impedimentos da lei; prestar juramento profissional; e pagar as taxas estabelecidas.

Semelhante ao que acontece na Argentina, no Brasil o advogado se habilita perante a Ordem dos Advogados do Brasil. O estudante de advocacia pode inscrever-se nesse órgão, como estagiário, a partir do quarto ano do curso.

Todavia, algumas diferenças são expressivas: por exemplo, somente o Brasil estabelece uma prova para o bacharel em direito poder se inscrever como advogado.

De fato, a partir da vigência da nova legislação sobre o exercício da profissão de advogado, em 1994, o Exame da Ordem passou a ser obrigatório no Brasil. Trata-se de um

²³ Sobre o ensino jurídico no Brasil, ver as obras BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998. 371 p.; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Pensando o ensino do direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 360 p.; e RODRIGUES, Horácio Wanderlei; JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Ensino do direito no Brasil: diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino*. Florianópolis: Boiteux, 2002. 560 p. Sobre o ensino jurídico na Argentina, ver PINTO, Mônica. *Legal Education in Argentina and other South Latin American Countries*. 10 p.

²⁴ MÂNICA, Eliseu. *Os Critérios de Habilitação do Advogado nos Estados Partes do Mercosul*. Florianópolis: Curso de Pós-graduação em Direito (UFSC). Dissertação de Mestrado, 2002. 157 p. Ver também JAEGER JUNIOR, Augusto. *O exercício da advocacia no Mercosul*. Revista Vip, a. 4, n. 15. Santo Ângelo: Jornal a Tribuna Regional, jul. 2000. p. 9-10 e VIEIRA, Debora Cristina. *O exercício da advocacia no Mercosul frente à livre circulação de serviços e trabalhadores*. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei (Org.). *Solução de Controvérsias no MERCOSUL*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 113-132.

exame não realizado na instância universitária, nem por autoridades educacionais, algo até então impensado e percebido como um atentado contra a autonomia das universidades pela literatura latino-americana²⁵. Segundo a tradição latino-americana o controle para o exercício profissional depende das universidades ou de um órgão judicial. Ele é realizado três vezes por ano. Ele é integrado por duas provas. A primeira é objetiva, contendo questões de múltipla escolha. A segunda prova abrange a redação de peça profissional em uma das áreas do direito e a resposta de até cinco questões práticas envolvendo problemas jurídicos. No Brasil há 600 mil advogados inscritos dentre os 2 milhões de bacharéis. A exigibilidade do exame e o fato de ele reprovar 65 por cento dos candidatos geram muitos protestos e projetos legislativos exigindo o fim do mesmo.

No Paraguai e no Uruguai a habilitação é formalizada junto ao órgão máximo do Poder Judiciário.

Por fim, é curioso notar que no Uruguai os títulos universitários de advogado recebem a denominação oficial de doutor em direito. Essa definição terminológica pode gerar certa confusão, pois esse e os demais Estados-partes do Mercosul possuem o título de doutor em direito obtido por quem realiza o curso de doutorado.

E que o estrangeiro, no Paraguai, pode enfrentar dificuldades para advogar, já que o país tem duas línguas oficiais, o castelhano e a língua indígena guarani, bem como pelo fato de a constituição prever que, nos conflitos jurisdicionais, será levado em conta o direito consuetudinário dos índios.

Em conclusão de seu estudo comparativo, Eliseu Mânica propõe medidas para viabilizar a advocacia no Mercosul, obstaculizada pelas diferenças substanciais nos critérios e procedimentos para a habilitação profissional e na heterogeneidade dos currículos dos cursos de direito. Prima o autor por uma necessidade de convergência dos mesmos.

5.3 Iniciativas para um currículo mínimo para o ensino do direito

O Paraguai não possui regras nacionais definindo diretrizes curriculares aos cursos. Cada universidade tem competência para elaborar e pôr em prática os seus planos de ensino. Os currículos dos cursos jurídicos no Uruguai, a exemplo do Paraguai, não possuem regras nacionais uniformes. Argentina e Brasil possuem diretrizes curriculares básicas nacionalmente unificadas. Mesmo assim, não são normas rígidas. Veja-se a situação.

Na Argentina, leis federais fixam normas gerais de maneira flexível, deixando aos projetos pedagógicos dos cursos de direito a normatização de aspectos específicos do currículo, atendendo a necessidades da região em que se situa o curso e o mercado de trabalho. Os cursos têm carga horária mínima de duas mil e seiscentas horas e duração mínima de quatro anos. Dentro desses parâmetros, os cursos definem seus projetos pedagógicos. A diversidade dos currículos parece ser uma característica.

²⁵ Ver PÉREZ PERDOMO, Rogelio. La Profesión de Abogado y la Educación Jurídica. Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal. Venezuela: n. 150, tercera etapa, 1992. p. 135-152.

No Brasil, a questão está em duas legislações de 1994 e 1996 que, respectivamente, fixam as diretrizes curriculares²⁶, o conteúdo mínimo dos cursos e as diretrizes e bases da educação nacional. Os cursos de direito devem ter três mil e setecentas horas e serem integralizados em no mínimo cinco e no máximo oito anos. Há certa harmonização interna em virtude da obrigatoriedade dessas regras.

De 1827 a 1962, os cursos jurídicos no Brasil tiveram um currículo único, imposto pelo governo, nacional, rígido e invariável, constituído de nove disciplinas, a ser cumprido em cinco anos, refletindo os aspectos políticos e ideológicos do Império, com forte influência do Direito Natural e do Direito Público Eclesiástico. Durante esse período, até a Proclamação da República, só houve uma alteração curricular, em 1854, que gerou a inclusão das disciplinas de Direito Romano e Direito Administrativo. Em 1962 é que uma mudança de maior profundidade introduziu o conceito de currículo mínimo nos cursos²⁷. Essa idéia ensinava que as instituições implantassem seus currículos plenos, adaptando os cursos de todo o país às suas realidades e necessidades regionais ou mesmo à ideologia que os sustentava²⁸.

A década de 90 foi pródiga em críticas a esse modelo curricular. Os movimentos por mudanças foram muito apoiados pela Ordem dos Advogados do Brasil. Finalmente, em 1994, uma nova legislação emanada do Ministério da Educação melhor considerou a realidade mercadológica. As diretrizes curriculares, até então bastante rígidas, tornaram-se flexíveis. Entre outras alterações, as disciplinas de direito romano, direito internacional e filosofia do direito tornaram-se obrigatórias e novas disciplinas como direito do consumidor e direito ambiental foram incorporadas aos currículos como eletivas. Interesses emergentes geraram uma diversificação da oferta curricular. Além disso, para concluir o seu curso, o estudante deve preparar um trabalho escrito, cuja elaboração é desenvolvida sob a orientação de um professor, devendo ser defendido oralmente perante uma comissão formada, em geral, por três professores de direito. A aprovação desse trabalho é requisito obrigatório para a colação de grau.

Em 2002, uma tentativa governamental de permitir que os cursos de direito pudessem ser concluídos em três anos, a critério de cada instituição, recebeu forte crítica nacional²⁹. Entidades de representação, como a Ordem dos Advogados do Brasil³⁰ e a Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi, entenderam que cinco anos representam o tempo ideal para a formação jurídica e a consequente construção do conhecimento técnico-científico necessário para um ingresso no mercado de trabalho.

²⁶ Ver a questão em RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Pensando o ensino do direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 360 p.

²⁷ Ver o tema em RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Pensando o ensino do direito no século XXI: diretrizes curriculares, projeto pedagógico e outras questões pertinentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005. 360 p.

²⁸ CARLINI, Angélica Lucia. Currículo em Direito: mudanças e percepções. 19 p.

²⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. A ABEDi e as novas diretrizes curriculares para os Cursos de Direito. Anuário da ABEDi, Florianópolis, Fundação Boiteux, v. 3, n. 3, p. 53-81, 2005.

³⁰ O papel da Ordem dos Advogados do Brasil nas profundas mudanças que ocorreram na última década na formação do bacharel em direito no Brasil e nos processos de criação e aprovação de cursos instalados pode ser conferido em FELIX, Loussia P. Musse. Novas Dimensões da Atuação Jurídica: o Papel de Advogados, Burocratas e Acadêmicos na Redefinição da Formação e das Funções dos Operadores Jurídicos. 26 p.

Hoje as diretrizes curriculares fornecem linhas gerais para os cursos elaborarem seus projetos pedagógicos com autonomia e criatividade, de acordo com as suas vocações, demandas sociais e mercado de trabalho.

As diretrizes estão estruturadas em três eixos de formação: fundamental, profissional e prática. A formação fundamental, por exemplo, contempla as disciplinas de Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia. Elas estabelecem, quanto ao perfil desejado do graduando, uma sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais³¹. Tudo isso, segundo o artigo 3º. da Resolução CNE/CES n. 9/2004, deve vir aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da ciência do direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania³². Alguns cursos de direito flexibilizam até quarenta por cento da estrutura curricular e outros possuem espaço para serem cursadas catorze disciplinas eletivas em dez semestres.

Essa flexibilidade promoveu uma ruptura com a concepção de que os cursos são compostos de uma extensa e variada relação de disciplinas e conteúdos justapostos e que não passam de uma repetição do já pensado, de uma mentalidade conteudista, de prioridade ao domínio formal de conteúdos, em detrimento de atitudes, condutas e habilidades. E onde o espaço para o exercício da autonomia era diminuto.

Mais detidamente, Angélica Lucia Carlini, em estudo em que analisa como os currículos foram concebidos e implantados no Brasil ao longo de sua trajetória histórica, observa que nos últimos anos houve até uma sofisticação na denominação de algumas disciplinas introduzidas nos currículos e uma quase que surda competição entre as escolas de direito para ver qual delas construía o currículo mais diferenciado³³. Esse caráter de maior liberdade para a organização dos currículos resta evidenciado pela legislação, que permite que, respeitado o currículo mínimo, o curso construa uma ou mais áreas de especialização de acordo com as vocações e demandas sociais e de mercado de trabalho.

Carlini aponta, todavia, que as escolas de direito não têm aproveitado essa liberdade de que desfrutam na construção de seus currículos, adotando-se, na maior parte dos casos, o currículo mínimo como o currículo pleno³⁴. As mudanças não apontam para uma efetiva transformação da visão tradicional. Os currículos dos cursos seguem sendo organizados da mesma forma que as estantes das livrarias. A realidade mostra, também, que quem muito inovou, com “propostas transgressoras”³⁵, o mercado assassinou.

³¹ Na doutrina alemã, o papel das Grundlagenfächer als Orientierungshilfe pode ser conhecido em BALDUS, Christian. Grenzbestimmung und Methodenfindung: Grundlagenfächer in der Juristenausbildung und Aufgaben der juristischen Dogmengeschichte. Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg, StudZR, Ausgabe 2/2005. 22 p.

³² MOTA, Ronaldo. Como fazer direito? Jornal O Estado de Minas Gerais, edição do dia 11 de outubro de 2007.

³³ CARLINI, Angélica Lucia. Currículo em Direito: mudanças e percepções. 19 p.

³⁴ CARLINI, Angélica Lucia. Currículo em Direito: mudanças e percepções. 19 p.

³⁵ FELIX, Loussia P. Musse. Novas Dimensões da Atuação Jurídica: o Papel de Advogados, Burocratas e Acadêmicos na Redefinição da Formação e das Funções dos Operadores Jurídicos. 26 p.

As disciplinas dogmáticas são a exposição extensiva das grandes leis. A duração de cada uma não é determinada por critérios de relevância e de pertinência ao entorno social em que vive o estudante, mas pelo tamanho de cada uma dessas grandes leis³⁶.

Um curso formado nesses parâmetros induz a formação de um bacharel que possui conhecimento extensivo, memorizado e abrangente de todas as áreas do direito positivo, que reproduz automaticamente a perspectiva fornecida pelos manuais, pelas cópias xérox de proporções mínimas que lhe foram disponibilizadas facilmente em locais pré-determinados e pelas palestras que pôde assistir³⁷.

O estudo dos currículos dos países do Mercosul mostrou a Eliseu Mânica, todavia, que não é nessa questão que reside um elevado número de divergências. Mas elas se apresentam, sim, nos parâmetros mínimos de duração dos cursos, de carga horária, frequência exigida dos alunos, na exigência de monografias finais e de provas que habilitam à profissão. Diferentemente do Brasil, no Paraguai os alunos podem solicitar ao Conselho Diretivo da universidade a exoneração da obrigação de assistir às aulas por razões de residirem há mais de quarenta quilômetros da Capital.

Estas divergências são substanciais e inviabilizam o reconhecimento dos títulos de graduação em direito no Mercosul. Isso, por sua vez, impede o desenvolvimento da mobilidade e de uma advocacia comum no bloco. No estágio atual do Mercosul, as regras existentes são insuficientes para a atuação do advogado nacional de um Estado-parte em qualquer outro.

Fora do ambiente acadêmico, um currículo mínimo para o ensino do direito já foi objeto de preocupação do Conselho de Colégios e Ordens de Advogados do Mercosul - COADEM, órgão que congrega entidades de classe de nove países latino-americanos, por ocasião de uma reunião ocorrida em 5 de maio de 2004, em Rosário, na Argentina. Essa entidade, antes, havia lançado um Protocolo de Regulamentação da Atuação Profissional Transfronteiriça dos Advogados nos Países do Mercosul, que permite o desempenho de atividades de consultoria e assessoria jurídica sem a obrigatoriedade do reconhecimento dos títulos³⁸. Ele foi aprovado pela Ordem dos Advogados do Brasil em 16 de agosto de 2004. A sua implementação, todavia, depende de processos de transposição das normas nos sistemas legais dos países e de cláusulas de reciprocidade.

Conhecidos esses dados referentes à heterogeneidade dos currículos dos cursos de direito entre os países latino-americanos e mesmo dentro deles e as demais diferenças apontadas, eu poderia responder a questão de se as tentativas de harmonização de sistemas educativos servem ao direito com um não.

³⁶ VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo (org.). *Experiências e Materiais sobre os Métodos de Ensino-Aprendizado da Direito* GV. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2007. p. 7-23.

³⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. Repensando o ensino do Direito para sociedades multiculturais – da Pedagogia ao currículo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Sulina, v. 25, dez. / 05, p. 109-120.

³⁸ Ver Ata da Assembléia do COADEM do dia 5 de maio de 2004. Disponível em www.coadem.org. Acesso em 12 de novembro de 2007.

Para responder a última questão a que me propus, sobre porque não houve ou porque essas experiências não tiveram sucesso, eu vou explicar melhor a realidade do Brasil, em função do seu papel no ensino jurídico na América Latina.

6. Ensino Jurídico no Brasil

Segundo Nadia de Araujo³⁹, em 2007 foram comemorados os 180 anos de ensino jurídico no Brasil, pois da instalação dos cursos em São Paulo e Olinda, um no Sul e o outro no Norte. As escolas de direito foram as primeiras instituições de graduação a se estabelecerem, cinco anos depois da independência de Portugal, ocorrida em 1822. Nesse momento o país contava como três mil bacharéis formados na França, Inglaterra e Portugal, a maioria em Coimbra.

Uma universidade, o Brasil só veio a ter em 1920, no Rio de Janeiro, o que demonstra que também nesse aspecto o país tem uma história tardia. Atualmente o país tem 2.185 instituições de ensino superior, das quais apenas 176 são universidades. A grande maioria delas são faculdades. De todas as instituições, apenas 231 são públicas⁴⁰.

As instituições de ensino superior brasileiras são submetidas a procedimentos para criação e credenciamento. Eles são realizados pela Secretaria de Educação Superior e pela Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica e coordenados pelo Ministério de Educação, com base nos resultados de uma avaliação realizada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais – INEP. A criação de cursos é feita por meio de um ato legal.

O Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - SINAES, instituído em 2004 redefiniu o processo de avaliação da educação superior nacional. Esse passou a ser composto de quatro instrumentos de avaliação, que são: a auto-avaliação institucional, a avaliação institucional externa, a avaliação dos cursos de graduação e os resultados do Exame Nacional de Avaliação de Desempenho dos Estudantes – ENADE, constituído por uma prova aplicada nacionalmente a alunos ingressantes e concluintes de um curso superior. Os resultados são usados como um ranking pelas escolas de direito.

O Ministério da Educação, então, é o responsável pela avaliação periódica das escolas de direito, monitorando o corpo docente, os cursos, a infra-estrutura e os horários. A cada dois anos, uma comissão especial é enviada pelo governo às instituições para acompanhar o cumprimento dos requisitos legais.

A forma de admissão do estudante na universidade é determinada por lei. Todas as instituições devem organizar um processo seletivo. O tipo de processo seletivo é definido pela instituição. O método mais comum é um exame vestibular. Esse processo desempenha um papel muito importante no Brasil. Trata-se de um exame organizado pelas instituições sobre as matérias estudadas pelos alunos durante o

³⁹ ARAUJO, Nadia de. The Status of Brazilian Legal Education. *Journal of Legal Education*, set. /2001, p. 325-331.

⁴⁰ REFLEXIONES y Perspectivas de la Educación Superior en América Latina: Informe Final – Proyecto Tuning América Latina (2004-2007), p. 349.

ensino médio. Em função das escolas públicas serem gratuitas, os exames organizados por elas são concorridos. Por exemplo, em Porto Alegre, na minha Universidade, concorrem a cada vaga uma média de 30 candidatos. Com isso, os melhores alunos tendem a ser alunos das instituições públicas. Eles obtêm os melhores índices nos exames nacionais do final do curso e isso contribui para que as escolas públicas estejam bem posicionadas no ranking nacional.

Atualmente, a maioria das instituições públicas reserva um número específico de vagas para as chamadas quotas de afro-brasileiros, estudantes carentes ou egressos de escolas públicas de ensino médio, segundo critérios determinados por cada instituição. Os candidatos a essas quotas também devem ser aprovados em exames vestibulares.

No Brasil, estão matriculados no ensino superior 5 milhões de estudantes, o que representa 11 por cento da população entre 18 e 24 anos de idade. Concomitantemente a isso, observa-se o crescimento exponencial do número das instituições privadas.

O país possui mais de 300 mil docentes de ensino superior. Desses, apenas 65 mil possuem doutorado e apenas 110 mil possuem dedicação exclusiva para a universidade. O percentual de docentes com doutorado é baixo e a modalidade de vinculação dos mesmos com a universidade, em regra, não é a dedicação exclusiva, mas sim a contratação por horas. Tal modalidade, em função da remuneração, não oferece incentivo para que os professores se dediquem à investigação e aos seus estudantes, mas sim a que tenham a atividade universitária como secundária⁴¹.

No passado, a maioria dos professores de direito eram juízes, promotores públicos ou advogados do Estado. Ter um emprego público na área do direito era um credencial para lecionar direito. Atualmente, o Brasil experimenta uma radical mudança a um quadro com professores de dedicação exclusiva e também melhor titulados. Segundo a legislação, um terço dos professores de um curso devem possuir titulação *stricto sensu*. Eles também estão se dedicando mais a atividades de pesquisa e a outros programas nas universidades. Os professores de uma instituição pública são selecionados após um árduo e competitivo exame. Algumas universidades somente aceitam a inscrição de doutores.

O sistema de educação superior é dividido em dois períodos acadêmicos por ano, sendo o primeiro geralmente de fevereiro a junho e o segundo de agosto a dezembro.

Não existe um sistema único, nem alguma espécie de padronização, aplicável aos créditos acadêmicos⁴². Cada instituição aplica um sistema próprio, segundo os critérios estabelecidos pelos órgãos superiores da mesma. Os estudos realizados em uma instituição podem ser aproveitados em outra, mas esse processo nem sempre é pacífico.

⁴¹ Ver PÉREZ PERDOMO, Rogelio. La Profesión de Abogado y la Educación Jurídica. Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal. Venezuela: n. 150, tercera etapa, 1992. p. 135-152.

⁴² REFLEXIONES y Perspectivas de la Educación Superior en América Latina: Informe Final – Proyecto Tuning América Latina (2004-2007), p. 350.

Não existe um sistema único de atribuição de notas e médias necessárias para a aprovação dos estudantes. Cada instituição adota um sistema próprio.

A base da educação superior oferece cursos de graduação (bacharelado, licenciatura e tecnologia), cujas diferenças entre eles podem determinar a continuidade da carreira acadêmica ou a formação profissional, cursos de pós-graduação *latu sensu* e cursos de pós-graduação *stricto sensu*.

Os cursos de pós-graduação no país foram reestruturados no final da década de 60. A opção foi por um modelo americano que tinha o propósito de trocar o método tradicional de ensino por um método socrático, incluindo o estudo de casos nas aulas de direito. Hoje os programas de pós-graduação existentes estão crescendo e novos estão sendo implementados. Eles são direcionados para a continuidade da formação científica e acadêmica.

Cabe à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES avaliá-los. A avaliação é realizada a cada três anos e as médias variam de 1 a 7. Para ser reconhecido, o curso deverá apresentar média maior que 3. O curso de mestrado tem duração de dois anos, em média, nos quais o aluno cursa disciplinas e desenvolve uma dissertação. O curso de doutorado tem uma duração de três a quatro anos, que são usados no cumprimento de disciplinas e na elaboração de uma tese.

Quanto ao ensino jurídico no Brasil, Daniel Torres de Cerqueira, presidente da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi⁴³, apresenta dados sobre o número de cursos e de faculdades⁴⁴. Muito é criticado o crescimento da oferta de cursos de direito no Brasil. Ele, como presidente de uma associação vinculada à área, combate essa crítica. A esse artigo aqui, só interessam os dados trazidos por ele, colhidos em consultas ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – INEP e ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE.

Em 2006 existiam no Brasil 1.005 cursos de direito, aí incluídos os oferecidos por Universidades, Centros Universitários, Faculdades Integradas, Institutos Superiores e Faculdades isoladas, tanto públicas como privadas. Eles oferecem mais de 220 mil vagas. 650 cursos oferecem até 200 vagas e 11 oferecem mais de 1 mil vagas. A oferta é concentrada em duas regiões do país, Sul e Sudeste, que, juntas, oferecem 68 por cento dos cursos. Os cursos privados respondem por 88 por cento e os públicos pelo restante.

O estudo segue com análises sobre os anos de criação dos cursos de direito no país. Há uma desconfiança que os cursos sejam usados como moeda política. Partindo de 1827, o número teve uma leve expansão até o ano de 1900, com a criação de mais quatro cursos, que foi uma ação estratégica do novo governo republicano que precisava

⁴³ O papel desempenhado pela Associação na construção das novas diretrizes curriculares presentes na Resolução CNE/CES n. 9/2004, bem como na discussão acerca da duração e da carga horária mínimas dos cursos de direito no Brasil pode ser acompanhado em RODRIGUES, Horácio Wanderlei. A ABEDi e as novas diretrizes curriculares para os Cursos de Direito. Anuário da ABEDi, Florianópolis, Fundação Boiteux, v. 3, n. 3, p. 53-81, 2005.

⁴⁴ CERQUEIRA, Daniel Torres de. O Ensino do Direito no Brasil: Breve Radiografia do Setor. 24 p.

contrapor os dois centros de formação mais antigos, ainda influenciados pela visão política monarquista. Em 1950 existiam 25 cursos. Em 1964 já eram 60. E desde então é observado um processo de expansão. Quando o país reabre-se para a democracia, em 1985, já existem 147. O ano de 2002 responde sozinho pela criação de 144 cursos. E hoje se tem os mais de mil mencionados. Uma análise mais detida dos dados leva à constatação que nos anos que houve eleições presidenciais, mais cursos foram criados.

Outro dado importante trazido por Cerqueira é a relação das vagas ofertadas com a demografia. Padrões usualmente utilizados no Brasil dão conta de uma relação ideal baseada na proporção de 1 vaga por 1 mil habitantes. Essa relação só não é atingida por Estados como o Amazonas, o que comprova que as regiões Sul e Sudeste possuem uma saturação de vagas.

O curso de direito é essencialmente noturno. Nesse período do dia estão 60 por cento do total das vagas. A razão disso é que normalmente os cursos não funcionam no horário do funcionamento dos fóruns. Muitos dos estudantes trabalham de forma parcial como estagiários de escritórios de advocacia ou de órgãos governamentais para sustentarem os seus estudos.

Aos alunos é exigida frequência obrigatória de no mínimo setenta e cinco por cento das aulas. O ano letivo regular é de duzentos dias. Normalmente, as salas de aula têm 60 estudantes. Os estudantes raramente permanecem na instituição após as aulas.

No mérito, afirma Cerqueira que “A falência funcional diz respeito à incapacidade de nossos cursos em oferecer graduados capacitados, dentro de uma premissa tradicional, de atuarem nas diversas esferas profissionais. Prova disso é a enorme quantidade de egressos que não passam nos exames da Ordem dos Advogados do Brasil e o baixo índice de aprovação nos concursos públicos para a magistratura e para a promotoria pública. Já a falência sistêmica diz respeito à incapacidade dos cursos de direito do Brasil em formarem bacharéis capacitados a analisarem o direito à luz dos novos fenômenos sócio-políticos, como é o caso da globalização, da atuação dos movimentos sociais ou na esfera de defesa dos assim chamados direitos difusos”⁴⁵.

Por fim, cabe ser dito que o direito brasileiro segue o sistema da civil law. Em verdade, toda a América Latina é herdeira da ideologia da codificação. As diretrizes jurídicas transpostas para as colônias da América luso-hispânica provêm de fontes históricas romano-germanas e da adequação da herança normativa institucional da colonização ibérica. Seria lógico pensar em uma harmonização do ensino jurídico no Continente em função dessa origem comum e da filiação ao sistema da civil law⁴⁶. Todavia, tal não ocorre e não ocorrerá logo.

⁴⁵ CERQUEIRA, Daniel Torres de. O Ensino do Direito no Brasil: Breve Radiografia do Setor. 24 p.

⁴⁶ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Características y Desafíos de la Enseñanza Legal Latinoamericana. 7 p. Disponível em: <http://www.aals.org/2000international/>. Acesso em 15.11.2007.

7. Considerações finais

Em sede de considerações finais, vejam-se os motivos do insucesso das experiências latino-americanas até agora tentadas:

1. O Processo de Bolonha se tornou conhecido no meio acadêmico latino-americano e instigou iniciativas para um projeto similar. Os estudos iniciais foram desenvolvidos no Continente pelo Projeto Tuning América Latina. O levantamento de informações sobre os sistemas de educação abrangeu o direito. As idéias de reconhecimento de títulos e de mobilidade de estudantes e profissionais são sempre aceitas com simpatia e expectativa por milhares de brasileiros fronteiriços, por exemplo, que se dirigem cada vez mais a países vizinhos para realizarem seus cursos e esperam um dia vê-los reconhecidos, bem como por diversos grupos de interessados.

2. Os resultados do Projeto Tuning América Latina representam uma informação confiável e objetiva sobre a educação no Continente. No caso do ensino do direito, os resultados conduzem à necessidade de modificações.

3. Aproximação por competências, harmonização de sistemas educativos, compatibilidade de titulações e mobilidade de profissionais e estudantes de direito parece ser um desejo não facilmente atingível. Os processos de integração desenvolvidos na América Latina, que poderiam se ocupar desses objetivos, se dedicam, por ora, a aspectos unicamente econômicos e nenhum deles têm um mercado comum desenvolvido a exemplo da integração européia. Em verdade, são integrados por países que durante muito tempo viveram de costas para os outros, muito raramente compartilharam experiências jurídicas e hoje apresentam todas as formas de obstáculos para harmonizações legislativas. Lembre-se que o fato do direito brasileiro ser originário de Portugal dificultou historicamente a aproximação legislativa com os demais países do continente, de colonização espanhola.

4. Além disso, as realidades nacionais do ensino do direito são distantes. Há uma série de diferenças quanto à duração dos cursos, carga horária mínima, obrigatoriedade de frequência dos estudantes, exigência de trabalhos finais, heterogeneidade dos currículos e, quanto à questão profissional, diferenças expressivas nos critérios adotados para a habilitação dos advogados. O direito é um dos cursos mais antigos no espaço educacional latino-americano. Ele conta com uma larga história quanto à organização do seu currículo, metodologia de ensino, objetivos de aprendizagem, formação de docentes. Isso em muitas situações se contrapõe a um modelo de formação por competências.

5. O Brasil, por exemplo, uma das grandes nações do Continente, experimentou regras rígidas, mas vem flexibilizando as diretrizes para o ensino do direito. O resultado é uma maior liberdade das universidades para a elaboração de currículos. Esforços de flexibilização, apoio à inovação nos currículos, propostas de atualização dos currículos para as sociedades multiculturais⁴⁷

⁴⁷ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Repensando o ensino do Direito para sociedades multiculturais – da Pedagogia ao currículo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: Sulina, v. 25, dez./05, p. 109-120.

e propostas de novos currículos que promovam rupturas com sistemas tradicionais⁴⁸ implicam em dificuldades de harmonização dos mesmos. Propostas de adequação dos cursos à realidade mundial globalizada e culturalmente diversificada – grupal e individualmente⁴⁹ y às demandas contemporâneas das profissões jurídicas também se mostram como contrapontos a um currículo harmonizado no continente. Acredita-se, inclusive, que no futuro as faculdades de direito tenderão a diferenciar-se entre si pela capacidade que tenham de flexibilizar os seus currículos⁵⁰.

6. Em outros países, e também no Brasil em alguns aspectos, o poder do Estado na regulação do ensino é amplo e a sua manutenção dificulta uma harmonização de sistemas educativos. O Estado controla o ensino desde o processo de autorização e reconhecimento de uma instituição, credenciamento de cursos, adequação às diretrizes curriculares dos cursos, implantação e execução do processo de avaliação, até o reconhecimento de títulos obtidos no exterior.

7. Por fim, a manutenção do nível da formação profissional que o Brasil atingiu com a implantação da obrigatoriedade de um Exame fora da universidade, sem a administração dessa, promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, no que é único na América Latina, resguardadas as proporções, pode ser um argumento comparável aquele de setores da Alemanha que questionam o Processo de Bolonha, fundados na manutenção do seu sistema de formação de um jurista único - *Einheitsjurist*⁵¹, entendido como aquele profissional formado para o exercício de todas as profissões jurídicas, após a satisfação do Segundo Exame do Estado. A Alemanha não quer perder esse nível completo de formação que esse fenômeno da separação entre ensino e exame implica em seus estudantes, fazendo com que eles tenham que percorrer a mesma educação independentemente da profissão jurídica clássica que ele queira desempenhar, possuir o mesmo conhecimento sobre a legislação alemã e sobre o sistema jurídico alemão. O Brasil certamente não desejará abrir mão do seu Exame da Ordem, em breve, em favor de uma harmonização.

⁴⁸ VANZELLA, Rafael Domingos Faiardo (org.). *Experiências e Materiais sobre os Métodos de Ensino-Aprendizado da Direito* GV. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2007. p. 7-23.

⁴⁹ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. Repensando o ensino do Direito para sociedades multiculturais – da Pedagogia ao currículo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Sulina, v. 25, dez./05, p. 109-120.

⁵⁰ PEÑA GONZÁLEZ, Carlos. Características y Desafíos de la Enseñanza Legal Latinoamericana. 7 p. Disponível em: <http://www.aals.org/2000international/>. Acesso em 15.11.2007.

⁵¹ KEILMANN, Annette. The *Einheitsjurist*: A German Phenomenon, in: *German Law Journal*, Vol. 07, No. 03 (1 March 2006), page 293-312.

A ARBITRAGEM COMERCIAL COMO FATOR DE RENOVAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO BRASILEIRO DOS CONTRATOS*

Fabio Morosini**

Introdução

Em nome dos benefícios da vantagem comparativa (*comparative advantage*), a tendência de aumento do fluxo comercial entre países é bastante óbvia. Além disso, a consolidação de blocos comerciais, tal qual o Mercosul, fortifica o intercâmbio dos países-membros, indo de encontro ao macro-objetivo de desenvolvimento econômico de todos que deles participam. Por outro lado, o direito desses países pode colaborar ou dificultar a liberalização comercial. O direito colabora através de políticas liberais de comércio internacional e respeito pela prática jurídica dos parceiros comerciais, ou dificulta a troca comercial entre partes internacionais quando, de forma provinciana (*parochial*), desatenta das necessidades dos seus cidadãos e do papel desses na comunidade comercial internacional.

Neste sentido, observa-se que a prática da contratação internacional toma contornos cada vez maiores. Se antes transacionar com parceiros estrangeiros não era necessariamente exercício comum entre empresas, hoje a contratação internacional já se banalizou por meio do comércio eletrônico. A barreira geográfica que se apresentava como um obstáculo à contratação internacional foi rompida pela facilidade proporcionada pelo espaço virtual.

Neste artigo, parte-se da idéia que a principal legislação de direito internacional privado (DIPr) brasileira, isto é, a Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), de 1942, está defasada no que tange a sua aplicação à prática obrigacional, não suprimindo as demandas dos atores do comércio internacional. O artigo 9¹, que trata das regras conflituais em matéria de obrigações, é rígido quanto aos elementos de conexão “disponíveis” às partes e, salvo melhor juízo, exclui a autonomia da vontade desse rol de elementos. O problema que surge daí, em perspectiva de comércio internacional, é que as partes não podem escolher a lei aplicável às

* Palestra proferida no Curso de Especialização em Direito Contratual da PUC-SP, em 9 de novembro de 2005. Meus agradecimentos, pelo convite, aos Professores Nelson Nery Jr. e Clarissa Ferreira Macedo D'Isep, coordenador e assistente da coordenação respectivamente.

** Professor substituto da Faculdade de Direito da UFRGS, advogado, Ph.D. e mestre pela Escola de Direito/Instituto de Estudos Latino-Americanos da Universidade do Texas em Austin (EUA); mestre em direito da globalização econômica pela Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*) e pelo Instituto de Estudos Políticos de Paris (*Sciences Po*) (França); e especialista em direito internacional pela UFRGS. Gostaria de agradecer às Professoras Cláudia Lima Marques e Nadia de Araujo e ao Professor Diego P. Fernández Arroyo pelos comentários oferecidos a versões anteriores deste artigo. Todos os eventuais erros constantes deste artigo são de inteira responsabilidade do autor. E-mail: fmorosini@hotmail.com.

¹ Artigo 9 da LICC.

“Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

Parágrafo 1 – Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

Parágrafo 2 – A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

suas obrigações contratuais, dependendo das regras de conexão neutras constantes do artigo 9 da LICC. Na prática, tal situação resulta em desconforto em nossos parceiros estrangeiros que, muitas vezes, temem um resultado desvantajoso numa eventual disputa, por consequência do direito aplicável por indicação da LICC.

Uma opção mais consentânea com os anseios do comércio internacional seria o reconhecimento da autonomia da vontade como elemento de conexão, pois permitiria que um direito que é visto como mais apropriado em caso de eventuais disputas fosse escolhido livremente pelas partes. E, acreditando-se que tal opção fosse causar maior previsibilidade no resultado dessas controvérsias e conseqüente aumento no tráfego comercial internacional, argumenta-se que, ao longo prazo, experimentaríamos significativo desenvolvimento econômico e aumento de bem-estar (*welfare*).

Mas, se por um lado a LICC impede que alcancemos esses objetivos de forma direta, em razão de sua rigidez, por outro, começa-se a observar maneiras alternativas de se alcançar os objetivos almejados por via da arbitragem comercial. A tarefa desse artigo então é simples. A partir do postulado que a arbitragem comercial é um contrato internacional – talvez o seu exemplo mais proeminente, eu mostro que está nela a maneira de superar os entraves à liberdade contratual no contexto internacional, relativos ao impedimento da escolha de lei aplicável.

A tese subjacente ao presente artigo é que a arbitragem comercial internacional, legitimada enquanto contrato, renova o DIPr brasileiro dos contratos, superando as limitações impostas pelo artigo 9 da LICC.

O artigo está dividido em duas partes. Na primeira delas, cuido das questões-chave em sede de contratos internacionais, quais sejam: eleição de foro, lei aplicável e autonomia da vontade (ou a falta desta). Na segunda parte, mostro como a arbitragem comercial internacional nada mais é do que um contrato internacional, atentando-se para algumas de suas principais peculiaridades – contratuais, diga-se de passagem – da competência-competência, separabilidade e arbitrabilidade. Enquanto contrato internacional, a arbitragem comercial desafia as limitações da LICC.

I. Os Contratos Internacionais no Direito Brasileiro

Se me proponho a defender a tese segundo a qual a arbitragem comercial internacional é um contrato internacional, como no Brasil assim o entendemos, nada mais lógico do que começar por explicar o que é um contrato internacional, fazendo sua reconstrução conceitual com base na doutrina e na jurisprudência mais relevantes.

Nadia de Araujo, buscando uma definição para contrato internacional, conclui que o que o caracteriza “*é a presença de um elemento de estraneidade que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais.*”² Assim, a internacionalização de um contrato se dá pelo fato de uma das partes residir em país estrangeiro ou que o contrato tenha a sua celebração e execução em países diferentes.³

O estudo dos contratos internacionais no direito brasileiro é tradicionalmente consagrado pela *summa divisio* entre eleição de foro e escolha de lei aplicável. Por razões didáticas, aceitarei essa “fotografia” do direito dos contratos internacionais para legitimar a minha tese sobre o caráter renovador da arbitragem comercial internacional para o DIPr brasileiro dos contratos.

A distinção entre eleição de foro e lei aplicável é fundamental, pois, em que pesem terminologicamente parecidas, exercem funções auxiliares, mas diversas. A primeira – de direito processual – aponta para qual autoridade judiciária será competente para analisar a disputa oriunda do contrato. Já a questão referente à lei aplicável – de direito material – refere-se a qual direito será aplicável à controvérsia. Note-se que em função das regras conflituais de DIPr, o juiz competente não necessariamente aplicará o seu direito material à disputa, a depender do elemento de conexão da obrigação contratual, como o direito do lugar da celebração do contrato, da execução da obrigação, da residência do ofertante, etc. Começarei tratando a questão da eleição de foro (Parte 1), para depois abordar a escolha do direito aplicável em sede de contratos internacionais (Parte 2).

1. Eleição de Foro

A eleição de foro, diferentemente do direito aplicável, é tema de direito processual internacional e interno. Aqui, busca-se delimitar a jurisdição competente para processar e julgar uma demanda acerca de um contrato internacional. Diferentemente também do instituto do direito aplicável ao contrato, a eleição de foro pelas partes é aceita no direito brasileiro por força do artigo 111 do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC).⁴ Ainda, a eleição de foro mantém relações mais diretas com o estudo da competência internacional, constantes dos artigos 88 a 90 do CPC.

O artigo 88 do CPC taxa as situações nas quais a autoridade judiciária brasileira é concorrentemente competente para processar e julgar uma determinada demanda. Assim, estipula que a autoridade judiciária brasileira poderá declarar-se competente em disputas que o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, encontre-se domiciliado

² ARAUJO, Nadia de, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, p. 312.

³ *Id.*

⁴ Artigo 111 do CPC:

A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor da causa e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

Veja também o entendimento do STF na Súmula 335: “*É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato.*”

no Brasil (inciso I), no Brasil deva ser cumprida a obrigação (inciso II), ou quando a ação se origine de fato ocorrido ou ato aqui praticado (inciso III). Por último, será igualmente concorrente a competência da justiça brasileira sobre pessoa jurídica ré que no Brasil tiver agência filial ou sucursal (parágrafo único).⁵

⁵ A jurisprudência é vasta. Veja, por exemplo, aceitando a prorrogação da competência: TJ/RS, Ag. 70005228440, 19a. Câmara Cível, julgamento em 8/4/03; “Agravado de instrumento. Competência internacional. Jurisdição concorrente. Foro de eleição. Ilícito contratual. O foro local não é o competente, eis que o contrato firmou a competência do Uruguai para eventual demanda, que ora se processa. Não há como se relativizar a competência do foro, eis que os agravados não são hipossuficientes – são autores de outras ações de porte que corre em primeiro grau—, podendo se deslocarem ao foro do Uruguai para se defenderem na demanda que ajuizaram contra o agravante. Agravado provido.” Mas veja:

TJ RJ 2003.001. 03058. 11a. CC. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. FORO DE ELEIÇÃO DE JUSTIÇA ESTRANGEIRA. Se a empresa ré, sediada no Brasil, sub-rogou o contrato de distribuição celebrado com outra empresa também domiciliada no Brasil, inequivoca a competência da Justiça Nacional para o processamento e julgamento da demanda, ainda que haja cláusula de eleição de foro estipulando os Tribunais de Madri para o exame da matéria. Demais disso, a hipótese versada nos autos é de competência internacional concorrente do Juiz Brasileiro, não podendo ser afastada pela vontade das partes, na medida em que está diretamente relacionada com a soberania nacional. Recurso Provido. TRANSPORTE MARÍTIMO. EMENDA CONSTITUCIONAL 7/77. AÇÃO RESCISÓRIA. COMPETÊNCIA RESIDUAL DO EXTINTO TRIBUNAL FEDERAL. ELEIÇÃO CONTRATUAL DE FORO ESTRANGEIRO. PREVALÊNCIA DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA. APLICAÇÃO SO ART. 88, II, DO CPC. E DO PRINCÍPIO DA SUBMISSÃO. 1. (...) 2. Não prevalece o foro contratual eleito pelas partes quando, pela obrigação assumida pela empresa de transporte, o desembarque da mercadoria é feito no Brasil. Aplicação do artigo 88, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como do princípio da submissão em razão da anterior aceitação da jurisdição brasileira. (STJ. Ação Rescisória n. 133/RS. 2a Seção. Rel. Min. Cláudio Santos, j. 30/08/1989). COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. JURISDIÇÃO CONCORRENTE. AÇÃO VERSANDO SOBRE CONTRATO QUE SE PRESUME CELEBRADO NO BRASIL. ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO ADMISSÍVEL. CLÁUSULA QUE, PORÉM, NÃO AFASTA A JURISDIÇÃO BRASILEIRA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA REJEITADA. APLICAÇÃO DOS ARTS. 88, DO CPC E 1.087 DO CC. Tratando-se de ação versando sobre contrato que, a teor do art. 1.087 do CC, se presume celebrado no Brasil: em tema de competência internacional, se está diante da jurisdição concorrente, que admite a atuação paralela da jurisdição estrangeira sobre a mesma causa sujeita à jurisdição brasileira. Assim, embora válida a eleição de um foro alienígena, é inaceitável que tal cláusula afaste a jurisdição nacional cuja autoridade não está impedida de apreciar a matéria. (TJSP. AI 8.275-0. C. Esp. Rel. Nóbrega de Salles, unânime, j. 16.06.1988). COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. CONTRATO DE CONVERSÃO DE NAVIO PETROLEIRO EM UNIDADE FLUTUANTE. GARANTIA REPRESENTADA POR “PERFORMANCE BOND” EMITIDO POR EMPRESAS ESTRANGEIRAS. CARÁTER ACESSÓRIO DESTES ÚLTIMO. JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL BRASILEIRO EM FACE DA DENOMINADA COMPETÊNCIA CONCORRENTE (ART. 88, INC. II, DO CPC). O “Performance bond” emitido pelas empresas garantidoras é acessório em relação ao contrato de execução de serviços para a adaptação de navio petroleiro em unidade flutuante de tratamento, armazenamento e escoamento de óleo e gás. - Caso em que empresas as garantantes se sujeitam à jurisdição brasileira, nos termos do disposto no art. 88, inc. II, do CPC, pois no Brasil é que deveria ser cumprida a obrigação principal. Competência internacional concorrente da autoridade judiciária brasileira, que não é suscetível de ser arredada pela vontade das partes. - À justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite. Incidência na espécie do art. 90 do CPC. Recurso especial não conhecido, prejudicada a medida cautelar. (STJ. 4T. Rel. Min. Barros Monteiro. Unânime. J. 08/08/2000). AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RESCISÃO UNILATERAL PELA REPRESENTADA. FORO DE ELEIÇÃO, SEDIADO EM PAÍS ESTRANGEIRO. Não se pode considerar, como livremente convenionada, cláusula de contrato de representação comercial, em que se adotou foro de eleição, sediado em país estrangeiro, o qual só atende às conveniências e interesses da representada. Isso equivale a privar, virtualmente, o representante, parte economicamente mais fraca, de postular a tutela jurisdicional, com reais prejuízos a seus direitos, o que é razão suficiente, para se afastar o foro de eleição. Nessa situação, segue-se a disciplina jurídica brasileira, que estabelece, na lei de regência, que o foro competente é o do domicílio do representante, nas demandas daí originárias. Provenimento do recurso. (WLS) Ementa do voto vencido do JDS. Des. Murilo Andrade de Carvalho: COMPETÊNCIA INTERNACIONAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE. CPC, ART. 88. FORO DE ELEIÇÃO. VALIDADE. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. Submetendo as partes seus interesses contratuais ao direito francês e elegendo um dos foros daquele país para diminuir as controvérsias a respeito, reconhece-se a validade dessa eleição, que retira da justiça brasileira o conhecimento de situação conflituosa, desde que, como ocorreu, houve o levantamento da exceção pela parte ré. Improvimento do recurso, como voto vencido. (TJRJ. AI 1998.002.01190. 8a CC. Rel. Des. Luiz Odilon Bandeira, J. 19/05/1998).

O artigo 89 do CPC elenca as hipóteses de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, quais sejam ações relativas a imóveis situados no Brasil (inciso I) e a inventário e partilha de bens situados no Brasil (inciso II).

Por último, o artigo 90 dispõe sobre a não existência da litispendência internacional nos seguintes termos: “A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.”

Questões relativas a litispendência internacional no contexto latino-americano ainda não são tão preocupantes como o são em direito europeu. Lá, uma das discussões mais ferrenhas travadas atualmente é no que diz respeito à litispendência internacional versus os institutos do *forum non conveniens* e *anti-suit injunction*, ambos com origem no direito inglês.

O instituto do *forum non conveniens* prevê a possibilidade do juiz, mesmo que competente, livremente declinar de sua competência caso a entenda inapropriada.⁶ Já o instituto do *anti-suit injunction* ocorre toda vez que o juiz usa de sua competência para impedir o seguimento de demanda proposta no exterior.⁷ Em tempos de uniformização do direito internacional privado europeu, a sólida aceitação acerca da inexistência de litispendência internacional nos países de tradição civilista choca-se com a sua permissão no direito da *common law*.⁸ Este comentário de direito comparado justifica-se pois, em face da crescente globalização econômica, estamos cada vez mais sujeitos a lidar com direitos estrangeiros, além daqueles dos nossos vizinhos geográficos. Por outro lado, serve também para introduzir o tema da conveniência de foro no direito brasileiro.

No Brasil, a prorrogação da competência é permitida quando inexiste fraude à lei, violação aos princípios de ordem pública, desatenção aos lindes da liberdade contratual ou ofensa aos princípios fundamentais de direito das obrigações em matéria contratual.⁹ Todavia, a prorrogação da competência será vedada toda vez que o foro eleito não possuir qualquer conexão pelo direito processual internacional brasileiro.¹⁰

2. Lei Aplicável

Uma vez enfrentada a questão mais ampla de qual juiz ou tribunal será competente para processar e julgar a demanda envolvendo uma controvérsia contratual,

⁶ Material de aula do curso sobre direito internacional privado europeu, ministrado pela Professora Horatia Muir Watt, na Faculdade de Direito da Universidade de Paris I (*Panthéon-Sorbonne*), no primeiro semestre de 2004 (arquivado com o autor).

⁷ *Id.*

⁸ Sobre a dificuldade da convergência do direito europeu, veja Pierre Legrand, *European Legal Systems Are Not Converging*, 45 INT'L & COMP. L.Q. 55 (1996). Veja também minha contribuição sobre o impacto do direito comunitário europeu no direito internacional privado dos Estados-Membros em *Law & Globalization: Beyond Traditional Methodology of Comparative Legal Studies and an Example from Private International Law*, CARDOZO J. INT'L & COMP. L. (no prelo).

⁹ José Inácio Gonzaga Franceschini, *A Lei e o Foro de Eleição em Tema de Contratos Internacionais*, in in RODAS, João Grandino, *Contratos Internacionais*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 101.

¹⁰ *Id.* p. 102.

deve o juiz ou o tribunal recorrer das regras de DIPr para descobrir qual o direito material aplicável ao caso. Aqui, de acordo com as regras conflituais vigentes, deve a autoridade judiciária aplicar o disposto no artigo 9 da LICC.

O artigo 9 da LICC, ao cuidar dos elementos de conexão aplicáveis em matéria obrigacional, é taxativo (e limitativo) quanto à liberdade das partes contratantes em escolher a lei aplicável às suas obrigações. Assim, as obrigações serão qualificadas e regidas pela lei do país em que se constituírem, ou seja, pela lei do lugar da celebração do contrato (*Caput* do artigo 9 da LICC)¹¹.

Talvez a maior falha do *caput* do artigo 9 da LICC foi em não ter contemplado a autonomia da vontade das partes. Como informa Nadia de Araujo, “*autonomia da vontade no DIPr, utilizada nos Contratos Internacionais’ nada tem a ver com o que os civilistas gostam de chamar de ‘autonomia privada’, e que diz respeito à faculdade das partes de contratar. Para o DIPr, autonomia da vontade significa permitir que as partes escolham a lei aplicável ao contrato internacional.*”¹²

Note-se que o artigo 13 da revogada LICC de 1916 permitia a autonomia da vontade das partes ao dispor que: “Regulará, *salvo estipulação em contrário*, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas.” (Grifos meus). Para Serpa Lopes,¹³ a interpretação mais correta da expressão *salvo estipulação em contrário* consagrava a teoria da autonomia da vontade.

Uma vez adotada, seja em convenções internacionais ou nas regras conflituais de um sistema de direito nacional, a autonomia da vontade assume a função de elemento de conexão.¹⁴ Dentre as vantagens oferecidas pela teoria da autonomia da vontade, ressalta-se a flexibilização das regras de conflito de leis, a previsibilidade e conseqüente segurança jurídica como sendo as mais relevantes.

Essas ditas vantagens estão todas interligadas e por isso uma explicação em conjunto. Uma crítica que se pode fazer ao sistema de direito internacional privado brasileiro é com relação ao seu demasiado formalismo processual e rigidez. Por conseguinte, a liberdade das partes limita-se a uma liberdade de ação, presente na escolha do lugar onde o contrato será celebrado e onde será executado. Feitas essas escolhas, caberá ao DIPr dizer qual a lei regerà as obrigações oriundas do contrato.

A *American Revolution* foi contra esse formalismo e buscou alcançar a justiça material, em rebeldia ao rígido arcabouço procedimental de tradição continental européia.¹⁵

¹¹ STJ - ACÓRDÃO: RESP 97099/RS (9600343276). Contrato de de corretagem. Lei aplicável art. 9. da LICC. A obrigação derivada desse contrato considera-se constituída no país em que concluído, embora possa a obrigação de pagar estar sujeita à condição do bom êxito da intermediação. Não releva, assim, que a compra e venda se tenha feito no exterior, se a prestação de serviços foi contratada no Brasil. R.: M. Eduardo Ribeiro.

¹² ARAUJO, Nadia de, *Contratos Internacionais e a Jurisprudência Brasileira: Lei Aplicável, Ordem Pública e Cláusula de Eleição de Foro*, in RODAS, João Grandino, *Contratos Internacionais*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 197.

¹³ LOPES, Serpa, Apud RODAS, João Grandino, *Elementos de Conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro Relativamente às Obrigações Contratuais*, in RODAS, João Grandino, *Contratos Internacionais*, 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 50-51.

¹⁴ ARAUJO, Nadia de, *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004. p. 22.

¹⁵ Para um apanhado sobre a *American Revolution* em DIPr dos Estados Unidos, veja ARAUJO, Nadia de, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003, pp. 40 e seguintes.

Nesse sentido, a autonomia da vontade age de forma a permitir que as partes escolham a lei aplicável ao seu contrato, fugindo dos elementos de conexão estanques, tais quais o do lugar da celebração do contrato e o da execução da obrigação. A teoria da autonomia da vontade aplicada ao DIPr brasileiro permitiria que as partes, por exemplo, escolhessem, para reger a obrigação contratual, em vez do direito do lugar da celebração do contrato, o lugar de sua execução, caso as partes entendessem ser o direito do local da execução mais em conta dos seus interesses. Note-se, entretanto, que o exemplo é ainda conservador, pois a teoria da autonomia da vontade bem permitiria a escolha de um direito que nenhuma conexão mantém com a relação contratual, tal como observa-se da prática arbitral internacional.

Por consequência dessa maior flexibilidade propiciada pela autonomia da vontade enquanto elemento de conexão para obrigações oriundas do contrato, tem-se uma maior previsibilidade com relação ao direito aplicável. Dito de outra forma, não ficam as partes à inteira dependência do sistema de direito onde foi celebrado o contrato, no caso do *caput* do artigo 9 da LICC. Essa previsibilidade vem necessariamente acompanhada de segurança jurídica, que é ofertada aos contratantes. Nesse sentido, a autonomia da vontade funciona como um atrativo de forma a aumentar o fluxo de transações comerciais entre partes brasileiras e estrangeiras. É bem evidente que partes estrangeiras atualmente mostram-se reticentes em transacionar com partes brasileiras, via autoridade judiciária brasileira, em função da imprevisibilidade do direito aplicável. A inclusão da autonomia da vontade enquanto elemento de conexão eliminaria esse *chilling effect* ocasionado pela atual redação e aplicação do artigo 9 da LICC.

Já no que tange à forma da obrigação, reza o parágrafo 1 do artigo 9 da LICC que: *“Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.”* Em outras palavras, observar-se-á a lei do lugar da execução cumulada com a lei do lugar da celebração quanto aos requisitos extrínsecos do ato. Por uma questão de celeridade contratual, poder-se-ia argumentar pela simplificação do parágrafo 1 do artigo 9 da LICC, ao dispor como aplicável à forma do ato apenas o direito de um lugar, seja o do lugar da celebração ou o da execução da obrigação contratual, por exemplo. Mais ousado seria deixar que as próprias partes elegessem a lei aplicável à forma do ato, via autonomia da vontade, de forma que estas poderia mesmo escolher como aplicável o direito de um terceiro país não conectado com a relação contratual. Por outro lado, se buscamos celeridade nas resoluções das disputas oriundas de obrigações contratuais, talvez fosse mais lógico advogar por um sistema conflitual unitário, contra o *depêçage*, de maneira que um único elemento de conexão seria aplicável à obrigação contratual, aqui incluída a forma do ato.

Por último, em se tratando de obrigação contraída entre ausentes, isto é, quando as partes não se encontram fisicamente para celebrar o contrato, reputa-se aplicável o direito do lugar da residência do proponente (parágrafo 2 do artigo 9 da LICC)¹⁶.

¹⁶ TARS. Rec. NÚMERO: 195157003 DATA: 27/03/1996. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. COMPROVAÇÃO DA

Conforme explica João Grandino Rodas, a conexão pelo domicílio imporá uma rigidez não desejada à relação contratual, de maneira que “o elemento de conexão residência é mais consentâneo com a mobilidade dos negócios, devendo o mesmo ser considerado com elasticidade.”¹⁷

É verdade que as relações negociais clamam por um tratamento que atenda as necessidades que lhe são peculiares. Nesse sentido, a justificativa do elemento de conexão residência procede. Entretanto, o parágrafo 2 do artigo 9 da LICC não se aplica apenas a transações *business-to-business*, o que lhe demanda um tratamento genérico para agregar também, por exemplo, relações obrigacionais entre partes em condições desiguais, tal como as transações *business-to-consumer*.¹⁸ Assim, as relações entre fornecedor e consumidor no plano internacional estão insuficientemente tuteladas para zelar pelos interesses e direitos do contratante consumidor.

O problema central constante do parágrafo 2 do artigo 9 para o consumidor é que ao eleger a residência do proponente como elemento de conexão para obrigação contraída entre ausentes, isto significa dizer que o direito do lugar da residência do fornecedor sempre será aplicado.¹⁹ A dificuldade está nos limites que tal “escolha” impõe ao consumidor. Nesses tipos de transações, o consumidor encontra-se em desigualdade de condições econômicas e de informação, muitas vezes impedindo que o consumidor tenha acesso à justiça por impossibilidade econômica de se deslocar fisicamente até o foro do fornecedor, afora as questões linguísticas que frequentemente se apresentam nesses tipos de contrato como mais um elemento impeditivo do acesso do consumidor à justiça.²⁰

Para sanar as imprecisões constantes do parágrafo 2 do artigo 9 da LICC, Cláudia Lima Marques conclui pela necessidade de uma Convenção Interamericana de Direito Internacional Privado (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo.²¹ Como elemento de conexão, a autora do projeto de CIDIP sugere a autonomia da vontade limitada.²²

Por outro lado, nem mesmo para as relações *business-to-business* o elemento de conexão residência do proponente se afigura como o mais propício. Se a mobilidade

ENTREGA DIREITO aplicável segundo o ordenamento jurídico brasileiro, lei de Introdução ao Código Civil, em referencia, (art. 9 e par-2), o cumprimento da obrigação reger-se-a pela lei do país onde se constitui e, quando resultante de contrato, reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. Não importa que no contrato de transporte a entrega da mercadoria tenha ocorrido em país estrangeiro. A aplicação da lei brasileira decorre do fato de que a obrigação aqui se constitui e onde reside o proponente. Por sua vez, o conhecimento de transporte e o documento próprio e hábil para comprovar o recebimento de mercadoria. A entrega pelo transportador por outro modo, arguindo as exceções do Decreto n.2045 4/31, não tem aplicação ao caso concreto.

¹⁷ RODAS, João Grandino. Op. Cit., p. 55

¹⁸ Para uma crítica detalhada sobre o DIPr brasileiro, em especial o artigo 9 da LICC, e as relações de consumo internacional, veja MARQUES, Cláudia Lima, *A Insuficiente Proteção do Consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado – Da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a Lei Aplicável a Alguns Contratos e Relações de Consumo*, in MARQUES, Cláudia Lima & ARAUJO, Nadia, *O Novo Direito Internacional: Estudos em Homenagem a Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005, pp. 141 e seguintes.

¹⁹ Id.

²⁰ Id.

²¹ Id.

²² Id.

é o que caracteriza os negócios nos dias de hoje, poderia-se argumentar que a conexão pela residência do proponente não seja suficientemente adequada. Primeiro, porque a residência pode ser facilmente utilizada de forma fraudulenta para a incidência de um determinado direito que nada tem a ver com a relação contratual, resultando apenas do acaso de ali ter o proponente firmado sua última residência. Em segundo lugar, se a mobilidade dos negócios é realmente o *motif* da escolha do legislador da LICC de 1942, então por que não optar logo pelo elemento de conexão autonomia da vontade? Tal opção tornaria as contratações *business-to-business* mais transparentes e menos onerosas para estes parceiros que não precisariam mais firmar residência em foros percebidos de um direito mais favorável aos seus interesses.

Em linhas gerais, conclui-se que a lei tal como está (*lex lata*) cria um ambiente de imprevisibilidade e insegurança jurídica e que o direito como deve ser (*lex ferenda*) deve superar as limitações do atual quadro normativo para incluir a autonomia da vontade (limitada em alguns casos) como elemento de conexão em matéria obrigacional. Note-se que o elemento de conexão autonomia da vontade foi revivido pela CIDIP V (Cidade do México, 1994), por meio da Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, assinada pelo Brasil, mas ainda não ratificada.

II. O Contrato de Arbitragem Comercial

A conceituação da arbitragem comercial não é pacífica. Existem, pelo menos, duas grandes escolas de arbitragem comercial. A primeira delas, de origem continental européia releva o caráter institucional da arbitragem, estando esta em semelhança à autoridade judiciária estatal. Já a escola norte-americana prefere uma classificação contratual da arbitragem, chegando a dizer que ela é “o sonho das partes” (*le rêve des parties*)²³, pois nela as partes tudo podem e o único limite é a imaginação dos contratantes:

*“Celles-ci [des parties] sont libres, comme la Cour Suprême [des États-Unis] l’a écrit dans l’arrêt Volt, ‘de structurer les conventions d’arbitrage comme elles l’entendent. Elles peuvent limiter l’objet du litige qui relèvera de la compétence de l’arbitrage ainsi que préciser les règles de droit qui gouverneront l’arbitrage’. Elles sont donc libres de choisir le type de questions litigieuses qui seront soumises ou non à l’arbitrage; ainsi de distinguer, par exemple, entre les litiges portant sur les créances échues et ceux portant sur les créances à échoir dans un contrat de distribution, ou encore entre les litiges relatifs aux violations présumées du droit d’auteur et ceux qui se rapportent au droit des marques. Les parties peuvent également renverser le principe selon lequel l’arbitre est compétent pour décider de la validité au fond du contrat duquel découle sa compétence.”*²⁴

Pelo aspecto contratual da arbitragem, as partes têm uma liberdade de contratar quase sem limites em princípio. Portanto, compete às partes, em uma arbitragem, disporem sobre a competência arbitral para decidir acerca da validade e existência do acordo arbitral,

²³ HART, Henry M. Jr. & SACKS, Albert M., *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, Foundation Press, 1994, p. 310, Apud RAU, Alan Scott & PÉDAMON, Catherine, *La Contractualisation de L’Arbitrage Le Modèle Américain*, Revue de L’Arbitrage 2001 – N. 3, p. 458.

²⁴ RAU & PÉDAMON, Revue de L’Arbitrage 2001 – N. 3, p. 458.

aqui compreendida a extensão da própria competência dos árbitros (competência-competência) e decidir sobre os tipos de disputas passíveis de arbitragem (arbitrabilidade). Ainda, outra peculiaridade contratual da arbitragem é a existência autônoma da convenção arbitral com relação ao contrato ao qual ela está inserta (separabilidade).

Esses três institutos: competência-competência, separabilidade e arbitrabilidade evidenciam o caráter contratual da arbitragem, razão pela qual explorarei cada um deles mais detalhadamente para comprovar minha tese de que a arbitragem, na esfera internacional, é modalidade de contrato internacional (Parte 1). Se arbitragem internacional é contrato, segundo o direito brasileiro, ela deveria estar sujeita às regras conflituais do artigo 9 da LICC. Entretanto, o que demonstrarei é que mesmo sendo um contrato internacional, que em princípio sujeitaria-se às limitações do artigo 9 da LICC, ela vem em verdade se sobrepondo àquelas regras, funcionando como um elemento de renovação do DIPr brasileiro dos contratos (Parte 2).

1. A Contratualização da Arbitragem Comercial em Evidência

i. Competência-competência

O instituto da competência-competência se traduz principalmente na questão a quem compete decidir sobre a competência do tribunal arbitral: aos árbitros ou à autoridade judiciária estatal? As legislações mais modernas em matéria de arbitragem dispõem sobre essa questão, sendo unânime a conclusão no sentido de que essa competência recai sobre o tribunal arbitral.²⁵ A justificativa é de natureza contratual, isto é, já que as partes submeteram a disputa à arbitragem, é natural que a própria questão sobre a quem compete decidir sobre a competência do tribunal arbitral também recaia aos árbitros designados. E também em razão da natureza contratual da arbitragem é que se pode concluir que apenas não caberá ao tribunal arbitral decidir sobre a sua

²⁵ Veja artigo 16(1) da Lei Modelo da United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL) sobre Arbitragem Comercial Internacional de 21.06.1985: "O tribunal arbitral pode decidir sobre sua própria competência, aí incluída qualquer exceção relativa à existência ou à validade da convenção de arbitragem." Veja também artigo 6(2) do Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI): "Se o requerido não apresentar a sua defesa, de acordo com o estabelecido no artigo 5, ou se uma das partes formular uma ou mais exceções quanto à existência, validade, ou escopo da convenção de arbitragem, a Corte poderá decidir, sem prejuízo da admissibilidade da exceção ou das exceções, que a arbitragem poderá prosseguir se estiver convencida, *prima facie*, da possível existência de uma convenção de arbitragem conforme o Regulamento. Neste caso, qualquer decisão quanto à jurisdição do Tribunal Arbitral deverá ser tomada pelo próprio tribunal. Se a Corte não estiver convencida dessa possível existência, as partes serão notificadas de que a arbitragem não poderá prosseguir. Neste caso, as partes conservam o direito de solicitar uma decisão de qualquer tribunal competente sobre a existência ou não de uma convenção de arbitragem que as obrigue." Da mesma forma, a Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996, no parágrafo único do artigo 8 dispõe: "Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória."

própria competência quando assim pactuarem as partes. A *default rule* é clara: no silêncio das partes, o tribunal arbitral decide sobre sua própria competência.

O termo competência-competência, porém, varia na sua aplicação dependendo do sistema legal que o aplica.²⁶ Assim tem-se em primeiro lugar o modelo inglês do instituto, que no original em inglês leva o nome de *jurisdiction to decide jurisdiction* ou simplesmente *competence-competence*. Segundo este modelo, o tribunal arbitral pode decidir acerca da sua própria competência, sem esperar que a autoridade judiciária estatal o faça.²⁷ Entretanto, a decisão dos árbitros a respeito de sua competência estará sujeita a revisão judicial a qualquer momento.²⁸

De acordo com o modelo francês de competência-competência (*compétence-compétence*), por força do artigo 1458 do Novo Código de Processo Civil Francês²⁹, os árbitros decidem acerca de sua competência de maneira preliminar, sujeita à revisão judicial, uma vez concluída a arbitragem.³⁰ No Brasil, em sentido semelhante posicionou-se o Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro³¹.

Um terceiro modelo de Kompetenz-Kompetenz seria o do direito alemão, segundo o qual o tribunal arbitral decide sobre sua própria competência de forma definitiva, isto é, sem revisão judicial por parte da autoridade judiciária.³² O conceito foi discutido numa decisão do *Bundensgerichtshof* envolvendo uma série de relações complicadas oriundas de um contrato de transporte. Neste caso, a Corte admitiu a possibilidade de um acordo sobre jurisdição (*eine Kompetenz-Kompetenz-Klausel*) que daria ao tribunal arbitral poder para decidir definitivamente acerca de sua competência, mas deixou para a corte de apelação imediatamente inferior a difícil tarefa de decidir se, de fato, aquela cláusula no contrato de transporte existia e se vinculava a parte que resistia à arbitragem.³³

Nos Estados Unidos, o *leading case* na matéria é *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*³⁴, no qual a Suprema Corte foi posta a decidir se os árbitros ou a autoridade

²⁶ PARK, William W., *The Arbitrability Dicta in First Option V. Kaplan: What Sort of Kompetenz-Kompetenz Has Crossed the Atlantic?*, Mealey's International Arbitration Reports, October 1996.

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.*

²⁹ Article 1458 du Nouveau Code de Procedure Civile:

Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci doit se déclarer incompétente.

Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle.

Dans les deux cas, la juridiction ne peut relever d'office son incompétence.

³⁰ PARKER, *supra* nota 26.

³¹ Foro Regional da Barra da Tijuca, Juízo de Direito da 2 Vara Cível, Processo No. 2004.209.003666-3, Juiz Carlos Fernando Potyguara Pereira (J. 14.06.2005): "Em nosso ordenamento jurídico, o instituto da arbitragem é regulado pela Lei no. 9.307/96. De acordo com esse diploma legal, ao árbitro escolhido pelas partes compete primeiramente se pronunciar sobre a existência, validade, e eficácia da convenção de arbitragem (parágrafo único do artigo 8). Sendo assim, não cabe ao Poder Judiciário se pronunciar sobre tal questão antes de prolatada a sentença arbitral. Na verdade, segundo a Lei de Arbitragem, cabe ao Judiciário, posteriormente, apreciar tal tema somente após a prolação da sentença arbitral, se provocado por meio de ação própria venficar e, eventualmente, decretar a sua nulidade (artigo 32c/c 33)". P. 2.

³² PARKER, *supra* nota 26.

³³ *Id.*

³⁴ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995).

judiciária estatal tem competência primária para decidir se as partes de uma arbitragem acordaram em arbitrar o mérito da disputa.

O caso surgiu da controvérsia acerca de um “*workout agreement*”, consubstanciado em quatro documentos, que disciplinam a resolução (*working out*) de dívidas devidas pelo réu Manuel Kaplan, sua esposa, e sua empresa de investimentos *MK Investment, Inc. (MKI)*, à empresa autora, *First Options of Chicago, Inc.*, uma empresa que salda ações (*clear stock trades*) na Bolsa de Valores da Filadélfia. Para *MKI*, *First Options* se encarregou de assumir controle, e liquidar, alguns de seus bens.³⁵

Quando *First Options* demandou o pagamento e não obteve êxito, a empresa recorreu à arbitragem naquela Bolsa de Valores. *MKI*, que havia assinado o único acordo contendo uma convenção de arbitragem submeteu-se ao procedimento arbitral, mas os Kaplans, que não haviam assinado essa convenção, questionaram a competência da autoridade arbitral sobre eles e negaram que a controvérsia com a empresa *First Options* era arbitrável.

Os árbitros decidiram que eles tinham competência para julgar o mérito da controvérsia, posicionando-se em favor de *First Options*. A Corte de Primeira Instância (*District Court*) confirmou a decisão arbitral, mas o Tribunal de Segunda Instância (*Court of Appeals*) rejeitou tal entendimento. Ao firmar posicionamento que a controvérsia não era arbitrável, o Tribunal de Segunda Instância decidiu que caberia às cortes estatais julgar se os árbitros têm competência sobre a controvérsia.

O fundamento do Tribunal de Segunda Instância é contratual. Em outras palavras, o Tribunal afirmou que assim como a arbitrabilidade do mérito da controvérsia depende das partes terem acordado arbitrar a controvérsia³⁶, a questão sobre a quem compete decidir sobre a arbitrabilidade da disputa também depende de acordo das partes em submeter essa pergunta aos árbitros.³⁷ Caso as partes acordaram submeter essa questão aos árbitros, a autoridade estatal deve declinar de sua competência e acatar a da autoridade arbitral. Mas, se não há evidências suficientes que permitam concluir que as partes tiveram a intenção de delegar aos árbitros a competência para julgar se a controvérsia é mesmo arbitrável, então deve a autoridade estatal decidir.³⁸ No presente caso, o Tribunal de Segunda Instância constatou que os Kaplans não acordaram arbitrar arbitrabilidade, o que envia essa questão à competência da autoridade judiciária estatal.³⁹

A Suprema Corte dos Estados Unidos foi chamada a opinar sobre duas questões relativas ao caso *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, quais sejam: 1) como uma corte de primeira instância deve revisar a decisão da autoridade arbitral onde as partes acordaram arbitrar uma disputa, e 2) como um tribunal de segunda instância deve revisar a decisão da corte de primeira instância que confirma ou recusa a nulidade de

³⁵ *Id.*, p. 940.

³⁶ Veja *Mastrobuono v. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, 514 U.S. 52 (1995).

³⁷ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938 (1995).

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.*, p. 939.

uma sentença arbitral. Tudo mais constante da parte dispositiva da decisão da Suprema Corte que não diz respeito diretamente a essas duas questões é *dictum*.

Este artigo, por sua vez, enfoca na lógica jurídica aplicada pelo Ministro Breyer, que responde em nome da Suprema Corte dos Estados Unidos. Esta lógica é de natureza contratual, o que confirma a tese da arbitragem comercial como contrato. Como explica o Ministro Breyer, três tipos de desavenças marcam o presente caso⁴⁰. Primeiro, os Kaplans e *First Options* discordam se aqueles são pessoalmente responsáveis pela dívida de *MKI* com *First Options*. Esta desavença diz respeito ao mérito da disputa⁴¹. Segundo, eles discordam se houve realmente um acordo para arbitrar o mérito da disputa⁴². Terceiro, não há consenso sobre quem tem competência primária para decidir a segunda desavença⁴³. A Corte centra-se na terceira desavença, isto é, a quem compete decidir primariamente se as partes acordaram arbitrar o mérito da disputa: aos árbitros ou à autoridade judiciária estatal?

A consequência prática da questão é evidente e decorre inexoravelmente do fato da arbitragem ser um contrato entre as partes. Assim, se, por exemplo, uma das partes não acordou arbitrar a disputa, essa mesma parte terá o direito de recorrer à autoridade judiciária para decidir acerca do mérito da disputa⁴⁴. Agora, se houve acordo para arbitrar o mérito da disputa⁴⁵, essa parte abdicou daquele direito, e a autoridade judiciária só poderá se manifestar, se provocada, para reverter a decisão arbitral nas circunstâncias elencadas no Artigo 10⁴⁶.

Já que a arbitragem é um contrato, a Suprema Corte recorreu às regras de formação dos contratos para responder a questão acerca da competência para decidir se houve acordo de vontade entre *First Options* e os Kaplans no que concerne à arbitragem do mérito da disputa.

⁴⁰ *Id.* p. 942.

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.*

⁴³ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 942 (1995).

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Veja AT & T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U.S. 643, 649 (1986) e *Steelworkers v. Warrior & Gulf Nav. Co.*, 363 U.S. 574, 583 (1960) (ambos julgados entendendo que a arbitralidade da disputa é arbitrável).

⁴⁶ Federal Arbitration Act, Section 10. Same; vacation; grounds; rehearing

(a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration

(1) Where the award was procured by corruption, fraud, or undue means.

(2) Where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them.

(3) Where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy, or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced.

(4) Where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.

(5) Where an award is vacated and the time within which the agreement required the award to be made has not expired the court may, in its discretion, direct a rehearing by the arbitrators.

(b) The United States district court for the district wherein an award was made that was issued pursuant to section 590 of title 5 may make an order vacating the award upon the application of a person, other than a party to the arbitration, who is adversely affected or aggrieved by the award, if the use of arbitration or the award is clearly inconsistent with the factors set forth in section 582 of Title 5.

O direito contratual requer que haja provas de um acordo de vontade (*meeting of the minds*) entre *First Options* e os Kaplans, no qual esses, voluntariamente, delegavam aos árbitros a competência para decidir se as partes acordaram arbitrar o mérito. Só assim poderiam os Kaplans estar sujeitos à competência arbitral. Neste ponto, a Suprema Corte chama a atenção para uma distinção tênue, mas importante, que diferencia entre a questão a quem compete decidir sobre a arbitrabilidade da disputa (*who*) daquela sobre o que é arbitrável na controvérsia (*whether*)⁴⁸

Com relação à primeira questão, a Corte invoca um precedente da jurisprudência americana que afirma que “*Courts should not assume that the parties agreed to arbitrate arbitrability unless there is clear and unmistakable evidence that they did so*”⁴⁹. Mas essa presunção é revertida, como esclarece a Suprema Corte⁵⁰, com relação à segunda questão. Assim, “*any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration*”⁵¹.

A justificativa para a diferenciação entre a questão a quem compete decidir sobre a arbitrabilidade da disputa daquela sobre o que é arbitrável na controvérsia é simples⁵². Na segunda delas, assume-se que as partes já tenham pensado na arbitragem e a questão seria um segundo passo, relacionada à extensão da convenção arbitral. Já a primeira questão é anterior a isso, ou seja, busca-se definir a quem compete decidir sobre a arbitrabilidade da disputa. Neste caso, a existência da competência arbitral ainda não é manifestamente evidente.

Assim, a Suprema Corte ponderadamente conclui que “*given the principle that a party can be forced to arbitrate only those issues it specifically has agreed to submit to arbitration, one can understand why courts might hesitate to interpret silence or ambiguity on the ‘who should decide arbitrability’ point as giving the arbitrators that power, for doing so might too often force unwilling parties to arbitrate a matter they reasonably would have thought a judge, not an arbitrator, would decide*”⁵³. Na inexistência da manifestação de vontade dos Kaplans em delegar a questão sobre quem deve decidir a arbitrabilidade da disputa aos árbitros, a Suprema Corte confirma a decisão do Tribunal de Segunda Instância, que concluiu pela competência da autoridade judiciária⁵⁴.

⁴⁷ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 942 (1995).

⁴⁸ *Id.* pp. 944-45.

⁴⁹ *AT & T Technologies, Inc. v. Communications Workers*, 475 U.S. 643, 649 (1986).

⁵⁰ *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 945 (1995).

⁵¹ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 626 (1985), o qual baseia-se em *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Constr. Corp.*, 460 U.S. 1, 24-25 (1983).

⁵² *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, 514 U.S. 938, 945 (1995).

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.* p. 947.

ii. Separabilidade

O instituto da separabilidade, ou da autonomia da cláusula compromissória, sustenta que a cláusula compromissória é independente do contrato no qual ela está inserta. As implicações provenientes desse instituto são renovadoras, pois em nenhum outro tipo de contrato que se tenha notícia uma cláusula contratual pode restar válida depois que o contrato que a abriga é considerado nulo. A arbitrabilidade é reconhecida nas principais legislações de arbitragem⁵⁵.

Nos Estados Unidos, o *leading case* em matéria de separabilidade é o caso *Prima Paint v. Flood & Conklin*⁵⁶. A questão posta à apreciação da Suprema Corte foi em saber se a acusação de um contrato induzido em fraude deve ser resolvida por autoridade judiciária ou por autoridade arbitral, por força de cláusula compromissória constante do contrato.

A disputa tem origem nos fatos que seguem. *Prima Paint*, empresa do Estado de Maryland, comprou o segmento de tintas de *Flood & Conklin*, empresa do Estado de Nova Jersey. Três semanas depois, as duas empresas acertaram um contrato de prestação de consultoria, onde *Flood & Conklin*, por um período de seis anos, atenderia *Prima Paint* em dúvidas relativas à formulação, produção, operação e vendas no recém adquirido segmento de tintas. O contrato previa que esses serviços seriam prestados pessoalmente pelo Diretor da empresa *Flood & Conklin*. *Flood & Conklin* se comprometeu a não competir com *Prima Paint*, passando-lhe, inclusive, a lista de clientes que, a partir de então, seriam assumidos pela empresa compradora.

Em troca, *Prima Paint* acordou pagar *Flood & Conklin* um certo percentual da receita oriunda desses consumidores e sobre demais vendas, não excedendo US\$ 225.000 durante todo período de duração da prestação de serviços. Finalmente, as partes acordaram numa cláusula de arbitragem nos seguintes termos:

“Any controversy or claim out of or relating to this Agreement, or the breach thereof, shall be settled by arbitration in the City of New York, in accordance with the rules then pertaining of the American Arbitration Association.”

⁵⁵ Veja o artigo 16 (1) da Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 21.06.1985: “(...) uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como uma convenção distinta das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica automaticamente a nulidade da cláusula compromissória.” Veja também artigo 6(4) do Regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da CCI: “Salvo estipulação em contrário, e sempre que tenha admitido a validade da convenção de arbitragem, o Tribunal Arbitral não deixará de ser competente em razão de pretensa nulidade ou inexistência do contrato. O Tribunal Arbitral continuará a ter jurisdição para determinar os respectivos direitos das partes e para julgar as suas reivindicações e alegações”. Da mesma forma, o artigo 8 da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 dispõe: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.”

⁵⁶ *Prima Paint v. Flood & Conklin*, 388 U.S. 395 (1967).

Na ocasião do primeiro pagamento relativo à prestação de serviços, *Prima Paint* notificou *Flood & Conklin* do seu descontentamento, alegando que esta havia fraudulentamente representado-se como solvente e capaz de cumprir com suas obrigações contratuais, quando, na verdade, estava insolvente e que havia entrado com pedido de concordata, nos termos do Capítulo XI da Lei de Falências americana, logo depois de celebrar o contrato de consultoria.

Flood & Conklin respondeu notificando sua intenção de levar a disputa à arbitragem. Dias antes de expirar o prazo de resposta de *Prima Paint*, esta ingressou em juízo na Corte de Primeira Instância de Nova York, requerendo a rescisão do contrato de consultoria com base em indução em fraude para contratar. Concomitantemente, *Prima Paint* requereu que a referida Corte emitisse uma ordem à *Flood & Conklin*, impedindo a arbitragem da disputa.

Flood & Conklin, em resposta, requereu a paralisação dos procedimentos judiciais enquanto se processava a arbitragem. Por fim, alegou que a questão sobre a indução em fraude para contratar deve ser decidida pelos árbitros e não por uma corte estatal.

A Corte de Primeira Instância de Nova York acolheu o pedido de *Flood & Conklin* de paralisação dos procedimentos judiciais enquanto se processava a arbitragem, decidindo que a acusação de indução em fraude em um contrato contendo cláusula arbitral é matéria para ser decidida pela autoridade arbitral.⁵⁷ O Tribunal de Segunda Instância confirmou que esse entendimento deve prevalecer,⁵⁸ em razão da separabilidade da cláusula arbitral⁵⁹.

O Ministro Fortas emitiu a opinião da Suprema Corte dos Estados Unidos, acolhendo a tese da separabilidade da cláusula arbitral no presente caso e acrescentando que decisão diferente se chegaria caso a acusação de indução em fraude fosse referente à cláusula arbitral em si, e não do contrato como um todo.⁶⁰

Já com relação à questões sobre a validade da cláusula arbitral, em *dictum*, a Suprema Corte afirma que estas *podem* ser (*may*) decididas por uma corte estatal⁶¹. (Grifo meu). Note-se, entretanto, que a linguagem da Suprema Corte deixa margem para se argumentar que a competência dos árbitros não está de todo excluída. Para justificar a maior cautela com a cláusula arbitral, a Corte explica que: “*To immunize an arbitration agreement from judicial challenge on ground of fraud in the inducement would be to elevate it over other forms of contract*”⁶².

⁵⁷ Id. p. 399. Veja *Robert Lawrence Co. v. Devonshire Fabrics, Inc.*, 271 F.2d 402 (CA.2d Cir. 1959).

⁵⁸ *Prima Paint v. Flood & Conklin*, 388 U.S. 395, 399 (1967).

⁵⁹ Id. p. 402.

⁶⁰ Mas veja voto dissidente do Ministro Black, acompanhado pelos Ministros Douglas e Stewart: “If the contract was procured by fraud, then, unless the defrauded party elects to affirm it, there is absolutely no contract, nothing to be arbitrated.” Id., p. 412.

⁶¹ Id. pp. 403-04 (“Accordingly, if the claim is fraud in the inducement of the arbitration clause itself – an issue which goes to the ‘making’ of the agreement to arbitrate – the federal court may proceed to adjudicate it.”) Veja *Moseley v. Electronic & Missile Facilities*, 374 U.S. 167, 171, 172, 83 S.Ct. 1815, 1817, 1818, 10 L.Ed.2d 818 (1963). Veja também artigo 4 do Lei Federal de Arbitragem Americana: “(...) The court shall hear the parties, and upon being satisfied that the making of the agreement for arbitration or the failure to comply therewith is not in issue, the court shall make an order directing the parties to proceed to arbitration in accordance with the terms of the agreement. (...) If the making of the arbitration agreement or the failure, neglect, or refusal to perform the same be in issue, the court shall proceed summarily to the trial thereof. (...)”

⁶² *Prima Paint v. Flood & Conklin*, 388 U.S. 395, 404 n.12 (1967).

Por derradeiro, a Suprema Corte conclui que a decisão do Tribunal de Segunda Instância que não conhece da apelação de *Prima Paint* deve ser confirmada, pois: 1) a acusação de indução em fraude é relativa ao contrato e não à cláusula arbitral inserta nesse contrato⁶³, e 2) *Prima Paint* em nenhum momento demonstrou sua intenção para que questões jurídicas relacionadas ao contrato fossem excluídas da arbitragem⁶⁴.

iii. Arbitrabilidade

“A arbitrabilidade é a aptidão de um litígio ser objeto de um arbitragem”⁶⁵. Há quem distinga a arbitrabilidade subjetiva da objetiva. A arbitrabilidade subjetiva “refere-se à possibilidade de um Estado ou de uma entidade pública celebrar uma convenção de arbitragem”⁶⁶, também conhecida como arbitrabilidade *ratione personae*⁶⁷. A arbitrabilidade objetiva está relacionada ao objeto do litígio, a arbitrabilidade *ratione materiae*⁶⁸. Penso que o âmago do instituto da arbitrabilidade está no que se conceitua arbitrabilidade objetiva, estando a categoria subjetiva relacionada com a questão da capacidade do ente para celebrar uma arbitragem, um requisito comum à forma dos contratos.

Se por um lado algumas legislações sobre arbitragem são bastante precisas em delimitar a matéria suscetível à arbitragem⁶⁹, outras deixam maior espaço para interpretação das cortes sobre os limites da arbitrabilidade.⁷⁰

O caso que abordo a seguir, *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*⁷¹, ilustra bem as dificuldades encontradas pela Suprema Corte dos Estados Unidos para pontuar os limites da arbitrabilidade, em face do texto abrangente do legislador americano. Em suma, o caso retrata o esforço daquela corte em promover uma política liberal de arbitragem, mesmo em sede de direito público. Para aqueles que apreciam a discussão da privatização do direito público, eis um exemplo proeminente da contraturalização do direito da concorrência via arbitragem.

Em *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, a Suprema Corte dos Estados Unidos foi consultada sobre a possibilidade de submeter à arbitragem comercial internacional disputas relativas ao direito da concorrência americano.

⁶³ *Id.* p. 405.

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ Veja Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Libre Disponibilité des Droits et Conflits de lois*, prefácio de Y Lequette, Paris, LGDJ, 1996, p. 94, Apud Lee, João Bosco, *Arbitragem Comercial Internacional nos Países do Mercosul*, 4. ed. Curitiba: Editora Juruá, 2005. p. 51.

⁶⁶ Lee, João Bosco, *Arbitragem Comercial Internacional*, *supra* nota 61, pp. 51-52.

⁶⁷ *Id.* p. 52.

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Veja artigo 1 da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

⁷⁰ Artigo 2 da Lei Federal de Arbitragem Americana: “A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce (...) or an agreement in writing to submit to arbitration an existing controversy arising out of such a contract[.]”

⁷¹ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614 (1985).

A autora é *Mitsubishi Motors Corp.*, empresa japonesa produto de uma *joint venture* entre *Chrysler International, S.A.* (CISA) (empresa suíça) e *Mitsubishi Heavy Industries, Inc.* (empresa japonesa). A *joint venture* visa a distribuir automóveis produzidos por Mitsubishi para fora dos Estados Unidos (continental) através de concessionárias Chrysler. A ré *Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, empresa porto-riquenha, firmou contrato de distribuição com CISA dos automóveis *Mitsubishi* dentro de uma área demarcada, que incluía a região metropolitana de San Juan. Na mesma ocasião, CISA, Soler e Mitsubishi formaram um contrato de vendas, o qual, referindo-se ao contrato de distribuição, disciplinava a venda direta de automóveis Mitsubishi por Soler, bem como os termos e as condições das vendas. O contrato de vendas continha a seguinte cláusula arbitral:

*"All disputes, controversies or differences which may arise between [Mitsubishi] and [Soler] out of or in relation to Articles I-B through V of this Agreement or for the breach thereof, shall be finally settled by arbitration in Japan in accordance with the rules and regulations of the Japan Commercial Arbitration Association"*⁷².

No decurso da execução do contrato, Soler incorreu em dificuldades para atender ao volume de vendas dos automóveis da autora, o que a fez requerer que Mitsubishi atrasasse ou cancelasse a entrega de vários pedidos. Ao mesmo tempo, Soler tentou criar uma operação pela qual redirecionaria os veículos Mitsubishi para os Estados Unidos (continental) e América Latina. Mitsubishi e CISA, entretanto, rejeitaram as propostas de Soler. Outras tentativas de superar as dificuldades de Soler não obtiveram sucesso, e Mitsubishi acabou retendo a entrega de 966 veículos para a empresa ré.

Em seguida, Mitsubishi acionou Soler na Corte de Primeira Instância dos Estados Unidos, em Porto Rico, com fundamento na Lei Federal de Arbitragem americana e na Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras de Nova York⁷³. Nesta ação, Mitsubishi pleiteava uma ordem para compelir às partes a arbitrar a disputa, conforme cláusula arbitral constante do contrato de vendas. Logo após, Mitsubishi requereu início de procedimentos arbitrais junto à Associação de Arbitragem Comercial do Japão⁷⁴.

Soler rejeitou a argumentação de CISA e Mitsubishi e contra-argumentou, apontando para incumprimento por parte de Mitsubishi de diversas obrigações assumidas no contrato de vendas, e, mais importante, inobservância do direito da concorrência presente no *Sherman Act*⁷⁵, alegando conspiração entre CISA e Mitsubishi para dividir o mercado de forma a restringir o comércio⁷⁶.

⁷² *Id.*, p. 617.

⁷³ *Id.* p. 618.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ O *Sherman Antitrust Act* é o estatuto federal em vigor desde 1890 que visa proibir restrição não razoável e monopolização de comércio interestadual ou internacional. O estatuto proíbe duas ou mais pessoas de se engajarem em práticas monopolísticas e fixação de preço.

⁷⁶ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 619-620 (1985).

A Corte de Primeira Instância mandou que Mitsubishi e Soler arbitrassem a disputa, inclusive as questões de direito da concorrência⁷⁷. O Tribunal de Segunda Instância confirmou a decisão da corte inferior, mas rejeitou a arbitrabilidade das questões de direito da concorrência⁷⁸.

A disputa foi então levada à Suprema Corte dos Estados Unidos para que esta se posicionasse acerca da possibilidade de submeter à arbitragem comercial internacional disputas relativas ao direito da concorrência americano. O Ministro relator Blackmun dividiu sua análise em duas partes: 1) se a cláusula arbitral engloba as questões de direito da concorrência⁷⁹, e 2) se essas questões de direito da concorrência estão sujeitas à arbitragem, mesmo que as partes tenham assim convencionado⁸⁰.

Com relação à primeira questão, a Suprema Corte retoma o argumento de Soler, onde alega que a apreciação de questões de direito da concorrência só poderia ocorrer em sede de arbitragem se as partes houvessem convencionado⁸¹. Nesta linha de argumentação de Soler, o silêncio das partes a respeito do direito da concorrência eventualmente relacionado ao contrato não deveria ser interpretado como permissivo de arbitragem dessas questões.

A Suprema Corte rejeita a argumentação apresentada por Soler, pois não encontra fundamento na Lei Federal de Arbitragem americana que sustente a presunção de não-arbitrabilidade de questões de direito da concorrência. Aqui, a Suprema Corte mais uma vez relembra que a arbitragem é um contrato, e a Lei de Arbitragem apenas cria um corpo de regras substantivas para disciplinar e regular o dever de honrar com a arbitragem⁸². E mais, que a preocupação primordial do Congresso americano em aprovar a Lei de Arbitragem foi para garantir o cumprimento de acordos privados aos quais as partes se submeteram⁸³.

Em assim sendo, o primeiro passo a ser tomado pela corte que analisa essa questão, é perquirir se houve acordo das partes com relação à arbitragem de questões concorrenciais, lembrando que a interpretação deve favorecer a arbitrabilidade das disputas⁸⁴.

Em se tratando do envolvimento de questões relativas à direito concorrencial, a Suprema Corte não vê motivos para conferir interpretação diversa das demais⁸⁵, sem que tal posicionamento implique que todas as disputas que envolvam direitos oriundos de estatutos (*statutory rights*), a exemplo da proteção da concorrência, sejam arbitráveis⁸⁶.

⁷⁷ *Id.* p. 620. Neste ponto, a Corte de Primeira Instância reconheceu a regra de *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (CA2 1968) (assegurando que os direitos conferidos pelas leis de concorrência são inapropriados para execução através de arbitragem), mas se baseou em *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 515-520, 94 S.Ct. 2449, 2455-2458, 41 L.Ed.2d 270 (1974) (onde uma corte mandou que se arbitrasse uma disputa proveniente de um contrato internacional, com fundamento no Securities Exchange Act americano.)

⁷⁸ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 623 (1985).

⁷⁹ *Id.* pp. 624 e seguintes.

⁸⁰ *Id.* pp. 628 e seguintes.

⁸¹ *Id.* pp. 624-625.

⁸² Veja *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.*, 460 U.S. 1, 24, 103 S.Ct. 927, 941, 74 L.Ed.2d 765 (1983).

⁸³ *Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd*, 470 U.S. 213, 221, 105 S.Ct. 1238, 1242, 84 L.Ed.2d 158 (1985).

⁸⁴ “[Q]uestions of arbitrability must be addressed with a healthy regard for the federal policy favoring arbitration (...).” *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction*, 460 U.S., pp. 24-25, 103 S.Ct., pp. 941-942.

⁸⁵ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 626 (1985).

⁸⁶ *Id.* p. 627.

Para a Suprema Corte, ao contrário do que argumenta Soler, permitir que direitos oriundos de estatutos tal como o *Sherman Act*, que trata da concorrência, sejam apreciados em sede arbitral não significa que as partes não terão os direitos assegurados pelos estatutos⁸⁷. A única mudança, adverte a Suprema Corte, é que ao invés de serem apreciados por uma autoridade judiciária, eles o serão por uma instituição arbitral⁸⁸.

No presente caso, a Suprema Corte não encontrou evidências das partes expressando sua vontade em não submeter questões relativas à direito concorrencial à arbitragem, razão pela qual a Corte presume uma manifestação de vontade das partes em favor da arbitragem.

Com relação à segunda parte da análise do Ministro Blackmun, isto é, sobre a arbitrabilidade de questões de direito da concorrência convencionada pelas partes, diferentemente do Tribunal de Segunda Instância⁸⁹, decidiu-se que direito da concorrência pode ser apreciado em sede de arbitragem. Acompanhando o direito extraído do caso *Sherck v. Alberto-Culver Co.*⁹⁰, a Suprema Corte conclui que “*concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties’ agreement, even, assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context*”⁹¹. Pois nota-se que a Suprema Corte abriu mão de uma abordagem fechada, centrada apenas em interesses domésticos, para demonstrar respeito aos seus parceiros internacionais, onde o acordo das partes pela arbitragem de disputas envolvendo direito da concorrência seja honrado, conferindo segurança nas relações comerciais e previsibilidade de resultados.

Por outro lado, se a preocupação daqueles que rejeitam a arbitragem de disputas envolvendo direitos oriundos de estatutos, tal como a proteção da concorrência, tiver respaldo na perda total de controle da autoridade judiciária, ela é infundada. Conforme alerta a Suprema Corte, a autoridade judiciária competente poderá revisar judicialmente a decisão arbitral para assegurar a observância dos interesses protegidos, quando da execução dessa decisão.⁹²

2. O Direito Internacional Privado Brasileiro dos Contratos e a Arbitragem Comercial

A lei brasileira de arbitragem é recente, se compararmos, por exemplo, com sua correlata americana, que data de 1925. Isso em muito explica porque os Estados Unidos, hoje, tem uma política bastante liberal com relação à arbitragem, e porque o Brasil só agora começa a aceitar a arbitragem como forma alternativa de solução de diferenças.

⁸⁷ *Id.* p. 628.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ “[T]he pervasive public interest in enforcement of the antitrust laws, and the nature of the claims that arise in such cases, combine to make (...) antitrust claims (...) inappropriate for arbitration.” *American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (CA2 1968).

⁹⁰ *Sherck v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 94 S.Ct. 2449, 41 L.Ed.2d 270 (1974).

⁹¹ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth*, 473 U.S. 614, 629 (1985).

⁹² “Having permitted the arbitration to go forward, the national courts of the United States will have the opportunity, at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed.” *Id.* p. 638.

Mesmo assim, no Brasil, ainda observa-se um enfoque bastante processual ao instituto da arbitragem, enquanto nos Estados Unidos ele é predominantemente contratual. Eu não vejo impeditivos de uma abordagem contratual à arbitragem brasileira, o que vinha de encontro às necessidades daqueles que contratam internacionalmente com e desde o Brasil. No aspecto do direito aplicável especialmente, reconhecer a contratualidade da arbitragem permitiria que a rigidez do artigo 9 da LICC fosse superada, sem maiores alterações no atual quadro normativo. Duas recentes decisões merecem destaque, pois acentuam o aspecto contratual da arbitragem comercial brasileira.

A primeira delas é a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recurso especial de No. 712566/RJ⁹³. Trata-se de contrato de representação comercial entre empresa brasileira e empresa alemã, no qual a primeira teria exclusividade na venda dos equipamentos farmacêuticos produzidos pela segunda. O contrato, celebrado antes da entrada em vigor da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, continha cláusula arbitral regida pelo Protocolo de Genebra de 1923. Quando a empresa brasileira propôs ação judicial em 2001, a empresa alemã, em preliminar de contestação, arguiu a existência de cláusula arbitral, razão pela qual a solução judicial estaria afastada, e eventuais conflitos submetidos ao juízo arbitral.

O STJ em decisão inovadora, decidiu pela validade da cláusula arbitral, extinguindo o processo sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, VII, do Código de Processo Civil brasileiro. Vale destacar a ementa do julgado:

“Processual civil. Recurso especial. Cláusula arbitral. Lei de Arbitragem. Aplicação imediata. Extinção do processo sem julgamento de mérito. Contrato internacional. Protocolo de Genebra de 1923.

- Com a alteração do art. 267, VII, do CPC pela Lei de Arbitragem, a pactuação tanto do compromisso como da cláusula arbitral passou a ser considerada hipótese de extinção do processo sem julgamento do mérito.

- Impõe-se a extinção do processo sem julgamento do mérito se, quando invocada a existência de cláusula arbitral, já vigorava a Lei de Arbitragem, ainda que o contrato tenha sido celebrado em data anterior à sua vigência, pois, as normas processuais têm aplicação imediata.

- Pelo Protocolo de Genebra de 1923, subscrito pelo Brasil, a eleição de compromisso ou cláusula arbitral imprime às partes contraentes a obrigação de submeter eventuais conflitos à arbitragem, ficando afastada a solução judicial.

- Nos contratos internacionais, devem prevalecer os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país, o que justifica a análise da cláusula arbitral sob a ótica do Protocolo de Genebra de 1923. Precedentes. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.” (Grifos meus).

⁹³ Resp 712566/RJ, Relatora Ministra Nancy Andriguê, Terceira Turma, 18/08/2005, DJ 05.09.2005, p. 407

Chama-se atenção para esta nova postura do STJ com relação à contratos internacionais com cláusula arbitral. Por um lado, poder-se-ia argumentar que o resultado da decisão está pautado essencialmente no permissivo processual do artigo 267 do CPC, que faz da eleição do juízo arbitral causa de extinção do processo sem julgamento do mérito. Por outro, eu prefiro aqui sublinhar o fundamento contratual da decisão do STJ, que valida a eleição de juízo arbitral para dirimir eventuais conflitos oriundos do contrato.

Percebe-se um desprendimento de preocupações provincianas em levar toda e qualquer disputa à solução judicial e o reconhecimento da arbitragem como forma alternativa de solução de controvérsias.

Por outro lado, o acórdão deixou em aberto a questão sobre a validade de cláusula arbitral de escolha de lei aplicável. Pode-se, entretanto, argumentar que uma vez reconhecida a validade da cláusula arbitral em detrimento da solução judicial, os árbitros estariam livres para validar a escolha de lei aplicável das partes.

Ad arguendo, se força vinculante fosse conferida às decisões dos tribunais brasileiros sobre seus futuros julgados, uma importante regra extraída da decisão do STJ seria: “*nos contratos internacionais, devem prevalecer os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país*”. Note-se que uma possível interpretação dessa regra permitiria o entendimento que a prática arbitral pode substituir a LICC, que é normatização específica no Brasil. Um tal entendimento seria consentâneo com as necessidades do comércio internacional. Enquanto esperamos posicionamento do STJ a esse respeito, convém lembrar como já decidiu um tribunal estadual em 2002.

Trata-se de agravo de instrumento impetrado por Total Energie, S.N.C. e outra contra Thorey Invest Negócios LTDA, no Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo⁹⁴:

1) arbitragem – constitucionalidade – contrato de agência contendo cláusula que impõe a resolução dos conflitos no juízo arbitral, segundo o direito francês – validade – inteligência do art. 2 da lei no. 9.307/96 – incidência do princípio da autonomia da vontade.

A disputa é oriunda de uma ação de cobrança, ajuizada pela agravada Thorey Invest Negócios LTDA contra as agravantes Total Energie, S.N.C. e outra, que rejeita as preliminares argüidas pela prevalência do juízo arbitral. Em sede de agravo, a agravante sustenta que deve prevalecer a cláusula arbitral, estabelecendo que as disputas seriam resolvidas no juízo arbitral. Relata o voto do juiz Waldir de Souza José que o artigo 11 do contrato de agência celebrado entre a agravada e a primeira agravante prevê que “*quaisquer litígios decorrentes do ajuste serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Conciliação e de Arbitragem da Câmara do Comércio Internacional*”⁹⁵.

⁹⁴ Agravo de Instrumento 1111650-0 - 1ª TACSP - Total Energie/Thorey (J. 24.09.2002).

⁹⁵ *Id.* p. 2.

A agravante reclama que a regra do artigo 88 do CPC, que trata das hipóteses de competência concorrente da autoridade judiciária brasileira, impõe que a questão seja submetida à justiça brasileira, porque “a obrigação era de ser cumprida em nosso país (artigos 8 e 9 da Lei de Introdução ao Código Civil)”⁹⁶. Por último, alega que a cláusula é inválida porque permite que a demanda seja resolvida com base no direito francês⁹⁷.

Com relação ao argumento do artigo 88 do CPC, o Tribunal entende que não há conflito de competência entre as autoridades brasileira e estrangeira, devendo prevalecer o foro pactuado pelas partes contratantes, o estrangeiro.⁹⁸ Quanto ao direito aplicável, o Tribunal nega incidência da LICC, que “só tem aplicação quando houver omissão ou controvérsia a respeito do direito aplicável à hipótese”.⁹⁹ Ademais, conforme prevê o artigo 2 da Lei No. 9.307, de 23 de setembro de 1996¹⁰⁰, as partes podem livremente escolher as regras de direito aplicáveis à disputa, afastando o impeditivo constante do artigo 9 da LICC e confirmando a escolha das partes pelo direito francês. Por último, em se tratando de direitos disponíveis, pelo princípio da autonomia da vontade, podem as partes transigir livremente no que tange à forma de solução de suas controvérsias.¹⁰¹ Prevalece a argumentação contratual invocada pela agravante.¹⁰²

A decisão do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo é pioneira, indo de encontro aos interesses do comércio internacional, de eleição de lei aplicável, sem esperar – e nem mesmo mencionar – a necessidade de ratificação da CIDIP V, que estabelece a autonomia da vontade como elemento de conexão. A opção feita pelo Tribunal foi outra: buscou dentro do próprio ordenamento jurídico brasileiro fundamentos – contratuais – que permitem a escolha de regras aplicáveis à disputa. Uma vez convencionado pelas partes que o direito francês regeria os conflitos oriundos do contrato, e sendo tal escolha ratificada pelo texto da Lei de Arbitragem brasileira, o cumprimento dessa convenção acaba sendo o corolário lógico.

É nesse sentido que a arbitragem comercial vem renovando DIPr brasileiro dos contratos, pois os limites impostos pelos elementos de conexão rígidos do artigo 9 da LICC vêm sendo substituídos pela Lei de Arbitragem. E se de fato há um conflito entre as regras da LICC e as regras da Lei No. 9.307/96, as decisões mais recentes apontam para uma preferência pela Lei de Arbitragem. A flexibilidade oferecida pela Lei No. 9.307 vai de encontro com os interesses do comércio internacional, pautados em previsibilidade e segurança jurídica.

⁹⁶ *Id.*

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Id.* p. 3.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ Artigo 2. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

Parágrafo 1 – Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

Parágrafo 2 – Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio

¹⁰¹ Agravo de Instrumento 1111650-0 - 1ª TACSP - Total Energie/Thorey (J. 24.09.2002).

¹⁰² *Id.*

Conclusão

Os ensinamentos do direito comparado, em conjunto com as possibilidades oferecidas pelo ordenamento jurídico nacional apontam para alternativas à rigidez da LICC relativa às obrigações contratuais. O tratamento da arbitragem como contrato permite que o instituto entre na prática jurídica nacional de forma mais suave, em comparação com o tratamento processual, que concentra suas atenções no rito procedimental diferenciado e na arbitragem enquanto concorrente do juízo estatal.

No DIPr, a consagração da arbitragem como contrato surte efeitos que não passam despercebidos. O mais importante deles, como ressaltai ao longo desse artigo, é a substituição do artigo 9 da LICC pelo artigo 2 da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Em outras palavras, a autonomia da vontade, até então vedada no ordenamento jurídico nacional, renasce através da lei de arbitragem, com consequências diretas no comércio internacional. O conflito entre a LICC e a Lei de Arbitragem já foi enfrentado nas cortes brasileiras, com resultados surpreendentes. Resta aguardar as próximas decisões judiciais para verificar se o entendimento firmado pelas recentes decisões do STJ e do Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo será adotado como a nova praxe brasileira em tema de contratos de arbitragem comercial internacional.

O PENSAMENTO EPISTEMOLÓGICO-SOCIOLÓGICO FRANCÊS DE PIERRE BOURDIEU: POSSIBILIDADE DE SUA APLICAÇÃO NA INTEGRAÇÃO INTERNACIONAL*

William Smith Kaku**

Introdução

Entre o que o ser humano é ou que poderia ser e para onde ele irá, há uma questão mais fundamental que hoje se impõe, qual seja, o que ele tem feito e como tem feito as coisas para si mesmo? Tal pergunta, se não responde às especulativas questões que movimentam o intelecto humano há milênios – “quem somos ou o que poderíamos ser e para onde vamos?” – e que deu origem ao movimento de interpretação/decifração racional do mundo e da vida, entretanto, o coloca defronte de/para si mesmo, e lhe faz enxergar suas práticas, venturas e desventuras, alcançável pela ciência.

Se assim o ser humano passa a se desvelar, é para que sua trajetória histórico-cultural – pelo menos esse concreto que assinala toda sua existência – seja mais clara para sua própria compreensão e, quem sabe, em estágio superior ao que intelectualmente e culturalmente tem podido ser, se insira melhor na contínua construção de sua civilização e possa continuar pensando quem é ou poderia ser e para onde ele caminha, com maior consciência do que, e como tem feito as coisas em seu universo individual, social e natural.

Para pensar o que – e como – tem feito e agido no mundo social, e refletir sua aplicação a diversos campos do conhecimento humano, em especial no âmbito da integração internacional – objeto deste trabalho –, torna-se necessário buscar referencial teórico que permita, em análise crítica, debruçar-se sobre as práticas sociais cotidianas – seja qual for o espaço social referenciado – e, com o rigor do pensamento científico, construir

* O presente trabalho é parte da tese doutoral do autor, intitulada “*Habitus (Ethos e Práxis)* na Civilização Latino-Americana: uma Compreensão da Formação Social, Cultural e Ideológica da América Latina e sua Influência nos Processos de Integração Internacional Regional e Sub-Regional, com Enfoque no Mercosul”, trabalho este em parte financiado pelo CNPq. Este artigo é dedicado à Profa. Dr. Cláudia Lima Marques, mui digna Coordenadora do Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito (DIR 3) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) (<http://www.ufrgs.br>).

** Doutor em Direito pelo Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CPGD-UFSC) (<http://www.ufsc.br>). Professor Substituto do Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito (DIR 3) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Ex-Professor Substituto do Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ-UFSC), professor de graduação em Direito e graduação em Relações internacionais, professor de pós-graduação em Direito, educador e pesquisador em Direito e Relações Internacionais. E-mails: smithkaku@terra.com.br e smithkaku@hotmail.com.

as verdades que, justamente por serem cotidianamente reiteradas, passam despercebidas, mas que estão presentes fortemente nas causas e nos resultados das ações e decisões que são tomadas em diferentes âmbitos sociais, especialmente em uma esfera de abrangência social cujas ações e comportamentos ultrapassam as fronteiras nacionais, no caso específico, uma integração internacional regional.

Observe-se aqui que um processo de integração internacional é gerido por pessoas concretas que estão em constante inter-relacionamento social no exercício de suas elevadas atribuições públicas. São diferentes pessoas pertencentes e diferentes setores sócio-econômico-culturais, que foram construídas simbolicamente e também, ao mesmo tempo, constroem concretamente a realidade simbólica do mundo social na resultante do conjunto de forças das inter-relações sociais que cotidianamente vivem.

O objetivo deste trabalho é revelar a força epistemológica do pensamento de Pierre Bourdieu, dentro da tradição inovadora cultural francesa – por sua vez, dentro da tradição reflexiva/racionalizadora inovadora européia –, e a possibilidade de sua aplicação para interpretação dos avanços e retrocessos de um processo de integração regional, em busca de explicações mais concretas e desveladoras sobre as tomadas de decisões – ou a ausência delas – para a (in)evolução de uma integração econômica regional.

1. Uma introdução ao pensamento de Pierre Bourdieu

Pierre Bourdieu, sociólogo francês, com formação em filosofia e pesquisas em etnologia, estabeleceu ou desenvolveu, através de suas pesquisas e reflexões, uma filosofia da ciência denominada *relacional*, uma vez que dá primazia às relações que se inserem os objetos de pesquisa, uma vez que são essas relações que dão o sentido e significado de diversas ações e comportamentos humanos num determinado contexto histórico-cultural, uma vez que o ser humano produz concretamente sua vida social – vale dizer, tudo que ele faz ou deixa de fazer – nas e pelas inter-relações travadas, com os sentidos específico- históricos – que lhes são conferidos.¹

Para o autor francês, a ciência social estabelece objetos ou realidades substanciais como indivíduo, grupos, entre muitos outros mais, mas não se atém fortemente às relações objetivas intangíveis que essas realidades estabelecem com o meio onde se inserem e que somente podem ser verificáveis – tais relações – através de um processo difícil de construção e validação por meio do trabalho científico.²

¹ BOURDIEU, Pierre. Razões práticas: sobre a teoria da ação. São Paulo, Papirus, 1997, p.9. As pesquisas de Pierre Bourdieu estenderam-se, ao longo de sua carreira com pesquisador, por muitas disciplinas como etnologia, sociologia, filosofia, sócio-linguística, economia, história. In: BOURDIEU, Pierre. Los usos sociales de la ciencia. Buenos aires, Nueva Vision, 2003, p. 63.

² BOURDIEU, Razões..., p. 9.

Também concebeu ou desenvolveu uma filosofia da ação, que denominou como *disposicional*, por desvelar as potencialidades inscritas nos corpos dos agentes³ e nas estruturas das situações onde eles atuam relacionalmente,⁴ através do que ele denomina por *habitus*, campo e capital.⁵ Desta forma, ele iniciou opor-se, a seu modo, às explicações consagradas para ações ou representações humanas, fundadas de forma inexorável em uma razão explicitamente dada por um indivíduo autônomo, plenamente consciente de suas motivações.⁶

Considerando que ele trabalha com o simbólico – marcante e condicionador – edificado através da comunicação humana, e que o estruturalismo⁷, como teoria do conhecimento – epistemologia – ou método de pesquisa das ciências humanas e sociais nasceu – em seu sentido moderno – dos lingüistas, seu enquadramento dentro da corrente estruturalista foi devidamente anotado,⁸ entretanto, como o próprio sociólogo francês terá oportunidade de explicar, ele não recusa o enquadramento, mas se afasta de certa corrente estruturalista que insere os *agentes* a simples epifenômenos da uma estrutura, ao mesmo tempo em que, ao recusar essa redução, Bourdieu não os eleva a *sujeitos* absolutamente livres e autônomos em suas manifestações e ações sociais.⁹

³ Bourdieu verificou que tais disposições inscritas nos corpos dos agentes implicam que os mesmos já estão previamente predispostos a determinadas ações e reações, condicionantes de seu modo de ser. Sobre isso vide, entre outros: BOURDIEU, Pierre. La distinción: criterio y bases sociales del gusto. 2. ed. Madrid: Taurus, 2000. 600 p. (obra recentemente traduzida no Brasil pela Editora Zouk) e BOURDIEU, Pierre. Razões práticas: sobre a teoria da ação. São Paulo; Papirus, 1997.

⁴ Bourdieu verificou que tais estruturas de situações também atuam para as respostas possíveis dos agentes nela inseridos, conforme determinadas situações a que esses agentes acabam se submetendo no seu cotidiano. São como que “programações” – probabilidades, é importante ressaltar – de respostas para certas situações. Sobre isso vide, entre outros: BOURDIEU, Pierre. La distinción: criterio y bases sociales del gusto. 2. ed. Madrid: Taurus, 2000. 600 p. (obra recentemente traduzida no Brasil pela Editora Zouk) e BOURDIEU, Pierre. Razões práticas: sobre a teoria da ação. São Paulo; Papirus, 1997.

⁵ BOURDIEU, Razões..., p. 10.

⁶ BOURDIEU, Razões..., p. 10.

⁷ A origem do conceito teve um sentido arquitetural, ou seja, a maneira de se construir um edifício; posteriormente assume o sentido de descrição da forma “como as partes integrantes de um ser concreto organizam-se numa totalidade”. Foi no século XIX que o estruturalismo aportou no campo das ciências humanas, designando “um fenômeno duradouro que combina de maneira complexa as várias partes de um conjunto numa acepção mais abstrata”. O estruturalismo nasce para sua significação como método moderno de busca de verdades científicas, através da lingüística, pela Escola de Praga ou Círculo Lingüístico de Praga. In: DOSSE, François. História do estruturalismo: o campo de signo, 1945/1966. São Paulo: Ensaio; Campinas: Editora da Unicamp, 1993, vol. 1, p. 15; OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom; et alii. Dicionário do pensamento social do século XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 275. Este método de indagação, que provocou uma verdadeira revolução em todas as ciências humanas no séc. XX, a ponto de considerarem que aqui haviam conquistado seu batismo científico, tomou-se influente especialmente nos anos 60 e 70. Ele procurou enfatizar “a importância fundamental de identificar e analisar as ‘estruturas profundas’ que estão na base e que geram os fenômenos observáveis”. Nas ciências sociais ele se opôs ao humanismo, historicismo e empirismo. Foi anti-humanista porque excluiu de suas análises ações conscientes e deliberadas de indivíduos e grupos sociais por estarem inseridos numa causalidade estrutural; foi anti-historicista porque deu preferência “pelas investigações sincrônicas, em vez das diacrônicas, com o objetivo de descobrir as características estruturais universais da sociedade humana e (...) relacionar (...) às estruturas da mente humana”; anti-empirista por insistir numa eficácia causal de uma estrutura profunda subjacente à aparência superficial e imediata dos eventos. Bastante criticada, no final dos anos 70 diminuiu sua influência e nos anos 80 viu ascender o pós-estruturalismo ou pós-modernidade. Entretanto, verifica-se que perda sua fecundidade de outrora, teóricos sociais, de forma menos extremada, tem trabalhado metodologicamente a respeito da relação entre estrutura e mediação humana, ou estrutura e mudança histórica. In: OUTHWAITE, BOTTOMORE; et alii, idem, p. 275-6; DOSSE, idem, p. 16.

⁸ François Dosse explica que o estruturalismo, no campo das ciências sociais, estaria dividido historicamente em a) estruturalismo científico, que envolveria antropologia, semiótica e psicanálise; b) estruturalismo semiológico, mais cambiante, flexível quanto a uma lei estrutural governante; e c) um estruturalismo historicizado ou epistêmico, onde, nessa última corrente estaria localizado Pierre Bourdieu. In: DOSSE, idem, p. 16.

⁹ BOURDIEU, Razões..., p. 10.

Ao proceder desta forma, ele rompe com noções consagradas que circulam no discurso acadêmico de forma já naturalizada – sujeito, motivação, ator, papel, etc. –, e sobre elas lança uma mirada que até então nada semelhante havia sido feito, para estabelecer um outro grau de discussão mais crítica, bem como rompe com os diversos pares teóricos – consagrados – de oposições que os acompanham e que constituem a própria construção do imaginário social – indivíduo/sociedade, individual/coletivo, consciente/inconsciente, objetivo/subjetivo, etc.¹⁰

Suas descobertas propõem modos controlados e constantes de agir e de pensar e que constituem um método para a busca da representação realista da ação humana, que para o pensador é condição primeira para um conhecimento científico do mundo social em suas várias dimensões, pois a análise sociológica passa a ser um dos instrumentos poderosos para conhecimento de alguém próprio, com ser social e, desta forma, como ser singular, pois “oferece alguns dos meios mais eficazes de acesso à liberdade que o conhecimento dos determinismos sociais permite conquistar contra os determinismos”.¹¹ Uma pesquisa que traga a compreensão rigorosa do mundo é parte dos instrumentos de libertação com que o ser humano – individual ou coletivamente – conta para si, e seu método trata-se de um guia para se aplicar a uma prática.¹²

As pesquisas de Pierre Bourdieu centraram-se em sua maioria na França. O início de sua atividade de pesquisador ocorreu no norte da África, numa das colônias da França, estudando os efeitos da mudança de uma sociedade pré-capitalista – agrário – para capitalista, o confronto entre a tradição e as imposições sociais de uma nova economia que não pode sobreviver com a velha. De qualquer modo, suas análises voltaram-se para sociedade diferenciadas por classes, definidas enquanto tais pelo próprio avanço ou evolução de uma economia capitalista, os denominados países desenvolvidos. Assim, seus modelos de reflexão foram construídos especialmente a partir do caso da França,¹³ mas com intenção de validade universal para outras sociedades com as mesmas características sócio-econômicas.

Para Bourdieu, seria possível analisar a Alemanha, o Japão, os EUA, através de seu método de pesquisa social, apenas com o porém de considerar seriamente particularidades ou singularidades que seriam mais marcantes historicamente no desenvolvimento cultural e social de cada povo, e sem cair num perigoso etnocentrismo.¹⁴ Referência direta ao uso de seu método em países em desenvolvimento, somente analisando suas pesquisas iniciais em

¹⁰ BOURDIEU, Razões..., p. 10.

¹¹ BOURDIEU, Razões..., p. 11-2.

¹² BOURDIEU, Razões..., p. 8.

¹³ BOURDIEU, Razões..., p. 9 e 28.

¹⁴ BOURDIEU, Razões..., p. 15. “Se a ‘imigração de idéias’ (...) raramente se faz sem dano, é porque ela separa as produções culturais do sistema de referências teóricas em relação às quais as idéias [sic] se definiram, consciente ou inconscientemente, quer dizer, do campo de produção balizado por nomes próprios ou por conceitos em *-ismos* para cuja definição elas contribuem menos do que ele as define. Por isso, as situações de ‘imigração’ impõem com uma força especial que se torne visível o horizonte de referência o qual, nas situações correntes pode permanecer em estado implícito. Embora seja escusado dizer que *reparar* este produto de exportação implica sérios riscos graves de ingenuidade e de simplificação – e também grandes inconvenientes, pois fornece um instrumento de objectivação” (grifos no original). In: BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1998, p. 7.

etnologia na África e construindo a possibilidade de um espaço de aplicação para sociedades como as latino-americanas.¹⁵

2. Uma breve sistematização do pensamento de Pierre Bourdieu

Quem acompanha a produção teórica de Pierre Bourdieu, verifica que o autor e intelectual francês não sistematizou sua obra, no sentido de apresentar sua produção investigativa de forma estruturada conforme cânones seguidos pela academia – pelo menos a brasileira –, vale dizer, introdução, desenvolvimento e conclusão, com os conceitos teóricos e operacionais previamente delimitados, tema, delimitação do tema, problemas e hipóteses claramente e previamente delimitados etc., de tal forma que a leitura dos seus estudos e conclusões demandam um esforço maior do pesquisador a fim de tentar sistematizar o que o próprio autor se recusou a fazer ou não se preocupou em elaborar em vida. De fato, a compreensão do conjunto de sua obra deve passar necessariamente pelos diversos artigos que ele escreveu, livros específicos – de fôlego investigativo e reflexivo – e entrevistas que o sociólogo concedeu enquanto vivo. Essa forma peculiar de escrever foi observada por ele numa entrevista, dizendo que ele assim procedia conforme um autor que ele havia lido quando iniciava sua carreira de pesquisador social.

Pierre Bourdieu solicitou encarecidamente, à sua maneira, que não o dogmatizassem, que não lançassem seus estudos e conclusões – teorias, conceitos, abstrações sobre o social etc. – conforme era praxe nas práticas de um determinado setor da academia, que acabavam enrijecendo um dado autor e respectiva teoria utilizada, não estando aberto epistemologicamente e teoricamente para outras abordagens igualmente construtivas de saberes e conhecimentos importantes para avançar o entendimento do mundo social.

Assim, de certa forma, a sistematização que segue abaixo é uma heresia que se comete contra o pensamento de Pierre Bourdieu, haja vista que corre-se o risco de contribuir para a dogmatização de uma pensamento que, antes de tudo, solicita do pesquisador uma luta constante de si próprio para si próprio, a fim de, numa sócio-auto-análise, identificar esses comportamentos ou atitudes que não permitem a ciência avançar e sempre estar alerta numa vigilância epistemológica constante contra esse tipo de ignorância erudita.

¹⁵ Toda sociedade – mesmo os exemplos históricos que foram construídas como ausente de classes – constrói seu espaço social e o espaço simbólico, conforme princípios fundamentais de diferenciação ou de distinção e erige para o mundo seu modelo como um dos casos particular dos possíveis. Na França, verificou-se que levando em conta os diferentes tipos de capital e sua distribuição no espaço social, o capital econômico e o capital cultural tinham um peso fundamental na estrutura daquele, o que condicionou as pesquisas do sociólogo francês. No entanto, é preciso verificar em cada sociedade quais são seus princípios de diferenciação característicos para constatar verdadeiramente o que está na base das diferenças sociais; qual tipo de capital, qual princípio de diferenciação, cuja distribuição desigual governa as diferenças no espaço social. Assim, por exemplo, é possível vislumbrar o capital político que pode assegurar aos seus detentores um poder simbólico e material muito grande e ser a base fundamental – ou mais importante e significativa – de todas as diferenças no espaço social, confrontados sempre pelos detentores do capital escolar. In: BOURDIEU, Razões..., p. 27-32.

Entretanto, a abordagem sistemática que se pretende abaixo em nenhum momento referenda a canonização do pensamento de Pierre Bourdieu, mas contrariamente, procura abordá-lo dentro da vigilância epistemológica que requer a ciência social, revelando por que não se deve trabalhar sobre cânones científicos.

Assim, aqueles que acompanham a obra de Pierre Bourdieu, entendem que ele inovou a área das ciências sociais influenciando pesquisas sociológicas, antropológicas e inclusive históricas em todo o mundo. O aspecto mais marcante de sua obra está na escolha dos objetos de análise (como sociedades tribais, sistema de ensino, processos de reprodução social, critérios de classificação social, lógicas de distinção social), na mirada ou reorientação do olhar frente a esses objetos (para melhor compreensão dos fenômenos de percepção social, a força da produção simbólica e seus efeitos sociais, as relações de poder informalizadas presentes e atuantes na sociedade), na formulação de noções operatórias (*habitus*, poder simbólico, capital, campo, etc.), e no recurso à sociologia do conhecimento ou epistemologia sociológica (onde a posição do investigador é constantemente questionada como forma de controle do seu trabalho de produção de sentido para o mundo social).¹⁶

Estudando a crise de um mundo camponês e o choque dessa sociedade rural com o espírito do capitalismo, a sua pesquisa científica inicia com observações sobre o processo de aculturação numa sociedade tribal norte-africana – os cabilas – vivendo nas margens da sociedade moderna, verificando o fato a partir (I) da organização familiar e social, (II) percepção do tempo e do espaço e (III) visão de mundo. Essa pesquisa inicial permitirá que o sociólogo francês utilize esse campo de observação para analisar a sociedade argelina como um todo e fará com que supere as divisões tradicionais do saber entre antropologia, sociologia e economia, num processo voltado para alcançar a efetiva e real compreensão – ou o que possa mais próximo disso ser considerado – de uma dada formação social. Após estudar uma sociedade tribal e um país subdesenvolvido, colônia da França, ele se dirige à ao seu país de origem, especificamente à sua terra natal, ou região de origem – Béarn –, a fim de estudá-la de acordo com seus primeiros marcos intelectuais.¹⁷

Feito isso, ele deixa de dirigir seu foco de estudos para o âmbito rural, para os espaços sociais ou formações sociais distantes dos centros urbanos; mas influenciado pelas constatações teóricas verificadas, passa para o estudo da complexidade do mundo social – espaço social ou formações sociais – urbano, enfim, para o centro da sociedade moderna, elegendo a educação e seus protagonistas, mais especificamente suas práticas relacionais, como novo alvo para continuidade de suas reflexões científicas. Numa sociedade diferenciada em classes ou grupos, de que forma ela se reproduz – de forma

¹⁶ BOURDIEU, O poder..., p.1.

¹⁷ BOURDIEU, O poder..., p. 1. Nessa época ela já verifica que a crise do mundo rural tradicional ou do camponês não se justifica apenas pela emergência do capitalismo agrário, com suas novas práticas e racionalidade incompatíveis com um mundo tradicional não fundado na racionalidade instrumental, mas também por outros mecanismos muito mais sutis presentes nessa realidade tradicional, entre outros a reprodução biológica do indivíduo e a própria reprodução desse mundo. Aqui a noção de *habitus* já começa por se forjar. In: BOURDIEU, Los usos..., p. 64-5.

inconsciente mesmo, ou naturalizada – tendo em foco a problemática da educação – em especial seu sistema de ensino – e a origem social dos seus protagonistas (família, instituições, professores, alunos, etc.)? A resposta é que o capital cultural acumulado tem um papel fundamental no processo de seleção escolar e na reprodução das práticas culturais de uma dada formação social. Isso possibilita questionar – de uma maneira inusitada – a autonomia aparente do sistema de ensino; também a idéia de igualdade de oportunidades sociais; bem como as diferenças de capital econômico, social e cultural, como determinantes nas escolhas e opções previamente assumidas mas dissimuladas.¹⁸

Estudando a arquitetura gótica e o pensamento escolástico, verificou como um mesmo *habitus* acaba produzindo efeitos em manifestações as mais diversas; estudando a fotografia, o livro e a pintura, verificou como a apropriação de tais objetos culturais por diversos agentes – e sua luta pela busca de autonomia dos objetos e suas práticas correlativas – contribuíram para valorizar as práticas dos grupos sociais constituídos em torno desses bens culturais ao longo do tempo; estudando grupos específicos de especialista em produção simbólica – como profetas, padres, intelectuais –, verificou como um ato de criação está inserido num campo ou mercado específicos, ou seja, submetidos a dadas condições sociais de produção; e refletindo com um grupo de especialistas sobre o ofício de sociólogo, procurou constituir um ponto de partida – para formulação de uma teoria da prática, enfim, uma forma de estabelecer uma vigilância epistemológica do próprio agir científico de quem faz ciência social, a fim de libertá-lo do que denomina por *sociologia espontânea*, verdade sobre o mundo social obtida equivocadamente, que faz aceitar-se como um dado inquestionável – erroneamente – fatos sociais em curso ou presentes num objeto de pesquisa.¹⁹

Quando ingressa no *Collège de France* passou a trabalhar para a constituição de uma teoria geral dos campos que permeiam uma sociedade; dedicou-se à sociologia do gosto e às distinções e classificações que se estabelecem num espaço social; denunciou a concepção estratificada – estratigráfica – da realidade social; aprofundou o estudo das instituições escolares e desvelou o conjunto de campos e poderes inerentes às universidades.²⁰ Nesse retorno ao sistema de ensino, ele especifica melhor como se constituem os campos de produção da cultura, como as artes, ciências, etc. Verifica que existem campos de produção estreitos ou restritos, vale dizer, um campo de produção de cultura onde os produtores têm por público direto e essencial os próprios concorrentes diretos, qual sejam, os outros produtores.²¹

Ao estudar a especificidade do campo científico e as condições sociais do progresso da razão, Bourdieu rompe com a tradição dominante na sociologia da ciência, tradição essa que

¹⁸ BOURDIEU, O poder..., p. 2. A escola não só reproduz a estrutura social, ela faz parte de um processo mais amplo em curso numa formação social, que é o da violência simbólica como pedagogia, em sentido amplo, dos valores legítimos a serem cultivados pelos seus destinatários. In: BOURDIEU, Los usos..., p. 65.

¹⁹ BOURDIEU, O poder..., p. 2-3.

²⁰ BOURDIEU, O poder..., p. 3-4. Na busca da interpretação dos processos de diferenciação social Bourdieu constrói uma teoria sociológica das categorias que organizam a percepção do mundo social e contribuem com eles a realizá-lo; o estudo dos gostos, das apreciações estéticas, do consumo geral dos objetos culturais ou classificados como tais, permitem compreender melhor os mecanismos de diferenciação ou afirmação de distâncias pelos grupos sociais dominantes e dominados. BOURDIEU, Los usos..., p. 66.

²¹ BOURDIEU, Los usos..., p. 67.

assevera o fato de que haveria – e bastaria analisar essa constatação evidente – a existência ou a constatação de uma denominada *comunidade científica*, com todas a suas consequências mais imediatas, para revelar a verdade social do campo científico, em tudo que faz/produz e deixa de fazer/produzir; ele introduz os conceitos de campo e capital científico, e revela que a lógica de um mercado pode ser aqui aplicada, mostrando que os agentes nesses campos têm nos seus principais concorrentes os seus clientes diretos. Isso lhe permite avançar e verificar a função específica da academia, o ensino superior, com seu corpo docente e suas práticas academicistas, a luta entre as disciplinas, o ranço escolástico, as crises do campo, além de relacionar o Estado e algumas específicas instituições universitárias de onde saem tradicionalmente o corpo burocrático estatal, nesse último caso, analisando de forma singular a instituição estatal.²²

Ao longo de sua vida, Pierre Bourdieu concedeu inúmeras entrevistas em diversos meios de comunicação, a fim de esclarecer o conteúdo de suas obras e suas opções como pesquisador e os resultados – polêmicos – obtidos. Nos últimos anos de sua vida continuou polemizando por suas atitudes e ações políticas, que foram objeto de manifestações diversas na mídia francesa em geral e frente a seus pares, uma vez que a tradição recomenda que o intelectual fique circunscrito ao campo de sua especialidade e não se exponha em outras esferas ou campos sociais que não são seu *métier*.

2.1. Espaço social e espaço simbólico

A pesquisa de Pierre Bourdieu se funda em que não é possível capturar a lógica mais profunda do mundo social a não ser com o pesquisador e cientista mergulhando completamente na particularidade de uma realidade empírica que é historicamente situada e datada para, a partir daí, construí-la como um caso do possível, de acordo com o que Gaston Bachelard²³ especificou, ou seja, uma figura num universo de configuração possível. Como apreender estruturas e mecanismos que escapam aos olhares, e que são princípios de construção do espaço social ou mecanismos de reprodução desse espaço?²⁴

Analisando o modelo que ele construiu para realizar sua obra “A Distinção: critérios e bases sociais do gosto”,²⁵ alerta para o fato de que tornou-se necessário fugir de uma leitura que ele denomina por “substancialista”, onde considera cada prática ou consumo em si mesmas e por si mesmas, independente do universo de práticas intercambiáveis, de tal forma a conceber de forma ingênua como realidade, ao final, a correspondência entre as posições sociais – ou classes – e os seus gostos e práticas como uma relação direta e mecânica.²⁶

²² BOURDIEU, Los usos..., p. 67-8.

²³ Gaston Bachelard (1884-1962), filósofo francês que elaborou uma epistemologia histórica, onde buscou considerar as ciências no seu desenvolvimento e aquilo que se chamou por uma psicanálise do conhecimento objetivo. In: GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 3.

²⁴ BOURDIEU, Razões..., p. 15.

²⁵ Obra recém traduzida no Brasil pela Editora Zouk. BOURDIEU, Pierre. La distinción: criterio y bases sociales del gusto. Madrid: Taurus, 2000. 597 p.

²⁶ BOURDIEU, Razões..., p. 16.

Tal modo de pensar “substancialista” leva ao erro de pensar que as atividades ou preferências próprias de cada indivíduo ou cada grupo de uma dada sociedade são propriedades inscritas numa espécie de essência biológica ou cultural em cada qual, pensamento que se estabelece como senso comum e que pode chegar ao racismo, uma vez que discriminatório ele já é por si. Ora, as práticas se alternam como tempo e o movimento histórico é importante para entender, numa dada sociedade, seu comportamento e escolhas em vigor. Ademais, as propriedades de um determinado grupo ou de certos indivíduos são dadas conforme a situação histórica ou contexto impõe como oferta de bens e práticas possíveis.²⁷

Assim, é possível constatar que posições sociais, disposições – ou *habitus* – e tomadas de posição dos agentes ou grupos, nas mais diversas esferas de sua vida cotidiana, estão inter-relacionados e interagindo-se interdependentemente. Alerta que a comparação que pode ser feita entre certos indivíduos ou grupos de diversas sociedades somente é possível inter-sistemas, uma vez que a equivalência analítica direta através de traços isolados arrisca-se a resultados equivocados tendo em vista diferenças estruturais presentes historicamente em cada sociedade. A distinção, que é tão presente no mundo social, “é de fato *diferença*, separação, traço distintivos, (...) propriedade *relacional* que só existe em relação a outras propriedades”.²⁸

Tal constatação – presença social da distinção – não é de evidência e consequências tão simples assim, pois essa idéia marcada de diferença, separação, está exercendo uma verdadeira fronteira invisível no espaço social, como conjunto de posições distintas e coexistentes, delimitando e definindo – até geograficamente – posições de localização de agentes ou grupos, em suas várias disposições e tomadas de posição. Esse espaço social como conjunto de disposições distintas mas coexistentes entre si, faz com que essas posições sejam definidas, numa circularidade, uma em relação às outras, umas mais próximas e outras mais distantes e por uma relação até de hierarquia posicional, sempre auto-referentes por sua exterioridade coexistencial mútua.²⁹

No espaço social, é o capital econômico e o capital cultural – dois princípios de diferenciação – que irão ditar a distribuição dos agentes e grupos e fixar sua posição, desta forma, em se colocando num gráfico essa distribuição, verificar-se-á que os agentes e grupos tem tanto mais em comum quanto mais próximos estejam nessas dimensões econômica e cultural;³⁰ assim, as distâncias representadas graficamente correspondem a distâncias sociais que, por sua vez, equivalem a diferenças dos agentes e grupos nas disposições e tomadas de posição.³¹

Suas pesquisas revelaram que nesse gráfico de distribuição de agentes sociais dentro do espaço social, “o espaço de posições sociais se retraduz em um espaço de tomada de posição pela intermediação do espaço de disposições (ou do *habitus*); ou, em outros termos, ao sistema de separações diferenciais, que definem as diferentes

²⁷ BOURDIEU, Razões..., p. 17-8.

²⁸ BOURDIEU, Razões..., p. 18. Grifos do autor.

²⁹ BOURDIEU, Razões..., p. 18-9.

³⁰ Para melhor entendimento, existem diferentes posições ou dimensões econômicas e culturais historicamente construídas na sociedade, onde as pessoas nela se inserem conforme condições sociais específicas de inserção.

³¹ BOURDIEU, Razões..., p. 19-21. Na página 20 o sociólogo reproduz o gráfico correspondente ao espaço das posições sociais e espaço dos estilos de vida, extraído de sua obra “A Distinção”.

posições nos dois sistemas principais do espaço social, correspondem um sistema de separações diferenciais nas propriedades dos agentes (ou de classes construídas como agentes), isto é, em suas práticas e nos bens que possuem. A cada classe de posições corresponde uma classe de *habitus* (ou de gostos) produzidos pelos condicionamentos sociais associados à condição correspondente e, pela intermediação desse *habitus* e de suas capacidades geradoras, um conjunto sistemático de bens e de propriedades, vinculados entre si por uma afinidade de estilo”.³²

2.2. O *habitus*

A noção de *habitus* – e sua função – nasceu exprimindo o sentido e significado de uma recusa a um conjunto de alternativas explicativas que fundamentariam certas práticas e comportamento dos agentes, presentes no mundo social, e que haviam sido adotadas pela ciência social como definitivas. Seriam as explicações que, como lugares-comuns eruditos, dominariam como princípios explicativos do proceder humano; assim, em última instância, o ser humano faz o que faz porque isso deriva ou de sua consciência – sujeito –, ou da sua inconsciência, ou de um finalismo, ou de um mecanicismo, e assim por diante.³³

Foi através da leitura de dois textos de Erwin Panofsky,³⁴ um deles explicando os efeitos do pensamento escolástico no terreno da arquitetura, que emergiu a noção fundamental de “*habitus*” e que, por sua vez, possibilitou o rompimento do sociólogo francês com um certo estruturalismo, um paradigma estruturalista que, quando abandonado, inclinava imediatamente os cientistas a se socorrerem na alternativa da filosofia do sujeito³⁵ ou da consciência,³⁶ ou mesmo da economia clássica e do seu

³² BOURDIEU, Razões..., p. 21. Itálicos no original.

³³ BOURDIEU, O poder..., p. 60.

³⁴ Erwin Panofsky (1892-1968), historiador de arte norte-americano de origem alemã, que desenvolveu o método iconológico, visando a leitura da obra de arte em seu contexto de civilização e segundo seus diferentes níveis de significação. In: GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 18.

³⁵ E expressão “sujeito” tem dois significados fundamentais: a) aquilo que se fala ou a que se atribuem qualidades ou determinações ou a que são inerentes qualidades ou determinações. Trata-se de predicados inerentes ou determinações referentes a um objeto real – significados ou denotações sobre um objeto, abrangendo até a própria alma humana –, que pode ser ou a matéria que se compõe uma coisa, ou a forma da própria coisa, ou a própria união da matéria a uma forma; b) o eu, o consciente ou a capacidade de iniciativa em geral. No sentido tradicional do termo o eu é sujeito na medida em que seus pensamentos lhe são inerentes com predicados. Num novo sentido, o eu é sujeito na medida em que determina a união entre sujeito e predicado nos juízos, na medida em que é atividade sintética ou judicante, espontaneidade cognitiva, portanto, consciência, autoconsciência e apercepção. In: ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 929-30.

³⁶ Num primeiro sentido, consciência é a possibilidade que tem o ser humano de dar atenção aos próprios modos de ser e às próprias ações, bem como de exprimi-los com a linguagem, ou seja, consciência aqui significa a pessoa estar ciente dos próprios atos, estados, percepções, idéias, sentimentos, volições etc – assim se basearam as filosofias de Platão e Aristóteles –, sendo que somente com base nessa possibilidade é que foi possível erigir a noção filosófica da consciência. Portanto, em seu segundo sentido, é o significado filosófico da expressão consciência na filosofia moderna e contemporânea, que pressupondo a acepção comum, entretanto é mais complexa. Na filosofia moderna e contemporânea, consciência quer significar uma relação da alma consigo mesma, uma relação intrínseca ao ser humano “interior” ou “espiritual” onde ele pode conhecer-se de modo imediato e privilegiado e também efetuar julgamentos próprios de modo infalível e seguro; nesta noção, os aspectos morais têm conexões estreitas com o aspecto técnico, enfim, a possibilidade de conhecer-se de modo direto e infalível. In: ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 185.

homo economicus.³⁷ O uso da expressão é uma reconversão do termo *hexis*, feita pelos escolásticos, noção fixada e utilizada inicialmente por Aristóteles,³⁸ e tratou-se – como assinalado – de uma reação contra o estruturalismo e sua filosofia da ação que reduzia um agente social a mero suporte da estrutura; para isso, para retomar o agente a um papel ativo ou como ele acaba por construir suas determinações, a noção de *habitus* permitiu enxergar as

³⁷ O homem econômico foi um conceito criado pelos economistas da Escola Clássica, pelo qual o ser humano seria motivado exclusivamente por razões econômicas, desta forma preocupando-se em termos imediatos em obter um máximo de lucro com um mínimo de sacrifício; ele agia racionalmente no sentido de maximizar sua riqueza e assim introduzir novos métodos produtivos para enfrentar a concorrência no mercado. Foi a Escola Histórica alemã que se contrapôs a essa corrente abstrata do comportamento do ser humano, procurando estudar os seres humanos reais, situando-os em diferentes épocas históricas e condições sociais. In: DICIONÁRIO DE ECONOMIA. Coleção os Economistas. São Paulo: Abril, 1985.

³⁸ Aristóteles (384-322 a. C.), filósofo grego, discípulo e crítico de Platão e o mais renomado entre os filósofos de seu tempo. Após a morte de seu pai Nicômaco, médico do Rei Amintas, aos 17 anos integrou-se à Academia de Platão, onde permaneceu – cerca de 20 anos – até pouco após a morte deste em 348-7 a.C. Posteriormente foi designado tutor de Alexandre o Grande. Em 335 voltou para Atenas, onde fundou uma escola – Liceu ou *escola peripatética*, porque ele, como mestre, costumava dar suas lições passeando com os alunos – e preparou uma coleção de manuscritos que se tornou modelo para as bibliotecas que surgiram posteriormente. Organizou projetos de pesquisa, entre eles o estudo comparativo das 158 constituições gregas. Após a morte de Alexandre, em 323, foi acusado de impiedade – sendo condenado à morte pelo Areópago – e abandonou Atenas, morrendo logo depois na Cálida. Ele é modernamente considerado o pioneiro de muitos campos de investigação filosófica contemporâneos. Seus interesses eram de enorme amplitude e abrangiam quase todos os ramos da filosofia e da ciência natural. De sua extensíssima obra enciclopédica – seus tratados provêm de notas tomadas pelos seus alunos, assim, não foram redigidos por ele –, grande parte se preservou, principalmente na forma de conferências proferidas no Liceu, sua escola ou área de Atenas onde se reunia o grupo de filósofos ligados a ele, equivalente ao que fora a Academia, na época de Platão. Foi Aristóteles quem iniciou o estudo sistemático da lógica, desenvolvendo um sistema que permitisse a descrição formal e avaliação do raciocínio, e que perdurou até o século XIX como o núcleo da disciplina. O interesse de Aristóteles quanto às diferentes funções das palavras na língua está na origem do estudo moderno da gramática – dita de categorias –, o que faz dele um dos precursores da filosofia da linguagem e da linguística. Ainda hoje são objeto de debate as questões centrais abordadas por Aristóteles na obra *Metafísica* – “o que é substância?”, “o que é próprio dos seres?” – e na obra *Da Geração e Corrupção* – “como as coisas e seres passam a existir e deixam de existir?”. Em sua obra *A Respeito da Alma*, discute o que é a alma – em grego *psyché* –, aquilo que dá aos seres vida e as atividades características da vida. Ao argumentar que a alma/psique depende do corpo, Aristóteles antecipa um longo debate filosófico, presente até hoje nas teorias sobre a mente. A ética, como disciplina filosófica, ainda hoje tem como marco a *Ética* de Aristóteles. O argumento de que toda ação tem por objetivo a *eudaimonia*, ou felicidade, tem afinidades com a moderna corrente do utilitarismo; no entanto, a ênfase dada por ele às diversas virtudes difere do esforço utilitarista em encontrar um princípio único – e mesmo simples – que oriente o juízo sobre todas as questões morais. Seu trabalho caracterizou-se pelo amor à ordem, aparente na cuidadosa classificação das diferentes áreas da ciência. O conjunto de suas obras costuma ser dividido em quatro partes: (I) obras de lógica – *Organon* – que fundam a lógica formal, a teoria dos juízos e dos raciocínios; a conclusão é uma teoria do conhecimento: o primeiro momento do conhecimento é a percepção; é pela memória que passamos da percepção à experiência, a partir de lembranças repetidas; a experiência fixa as leis fundamentais; em nível mais elevado encontramos a arte e, enfim, a ciência; a passagem do particular para o universal faz-se por um processo de indução fundado em leis da razão; essa teoria do conhecimento, empírica em sua gênese, racional em seu fundamento, caracteriza o que se denominou depois por conceitualismo ou conceptualismo; (II) obras de filosofia natural – *Das Partes dos Animais* –, que através de observação empírica e racionalidade, comparam as diversas anatomias e fisiologias animais; (III) obras sobre cosmografia, física e metafísica – *Do Céu*, *Física*, *Metafísica* –, onde compõe um sistema físico vitalista, vale dizer, todos os seres são animados, sendo o movimento explicado por uma força interna – ou forma substancial – dos corpos, fugindo de uma explicação fundada numa razão externa, ou de fora do corpo – por exemplo, o choque mecânico –, para explicar o movimento, e essa dinâmica sistematizadora dos fenômenos se alicerça numa metafísica que explicaria a relação entre a forma e a matéria, e o ato e a potência; a metafísica fundaria física numa teologia, numa teoria de Deus – Deus como transcendente (como pensamento de pensamento), e Deus como imanente (vivente eterno perfeito), como motor do universo, como ato puro; (IV) obras sobre política e ética – *Política e Ética a Nicômaco* –, que aliam os preconceitos das cidades gregas de então, frente a considerações inovadoras e modernas – importância da prática em moral; papel do meio geográfico, econômico e social; ideia de uma ciência política baseada na experiência. Por fim, Aristóteles também escreveu sobre retórica e poética política. Foi redescoberto pelos eruditos árabes e, traduzido para o latim, moldou o desenvolvimento do pensamento medieval tanto nas artes quanto na ciência. São Tomás de Aquino reconciliou as doutrinas aristotélicas com as da teologia cristã, e elas permaneceram parte fundamental da educação superior na Europa desde o século XIII até o século XVII. In: NOVA ENCICLOPÉDIA ILUSTRADA FOLHA. São Paulo: Empresa Folha da Manhã, 1996. v. 1; GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 2.

capacidades criadoras, ativas, inventivas dos agentes e da própria noção, poder gerador esse que não se confundiria com a idéia de um espírito universal, ou mesmo de uma natureza ou de uma razão intrínseca humana.³⁹

O *habitus* ou *hexis* é um “princípio gerador e unificador que retraduz as características intrínsecas e relacionais de uma posição em um estilo de vida unívoco, isto é, em um conjunto unívoco de escolhas de pessoas, de bens, de práticas”.⁴⁰ A inserção de um agente ou grupos – classe de agentes – numa determinada posição no espaço social não é espontânea, tem a influência de que naquele ponto aonde irá se inserir se localiza um conjunto de agentes com semelhanças de estilo de vida, de bens desfrutados e práticas sociais. Por isso, uma das funções do *habitus* é dar conta dessa unidade de estilo de vida que vincula as práticas sociais e os bens desfrutados de um agente singular ou de uma classe de agentes.⁴¹

Os *habitus*, assim, são diferenciados e diferenciadores; distintos e distinguidos, eles são operadores de distinções, geradores de práticas distintas e distintivas – o que se come, o que se veste, como se fala, o que se fala, esportes que se pratica, etc. – “são esquemas classificatórios, princípios de classificação, princípios de visão e divisão e gostos diferentes”, estabelecendo “diferenças entre o que é bom e mau, entre o bem e mal, entre o que é distinto e o que é vulgar (...) mas elas [esquemas classificatórios, *habitus*] não são as mesmas [definidos num sentido único e universal] (...) [pois] o mesmo comportamento ou o mesmo bem pode ser distinto para um, pretensioso ou ostentatório para outro e vulgar para um terceiro”.⁴²

Sua essencialidade está em que ao serem percebidas, as diferenças presentes e veiculadas tornam-se diferenças simbólicas e passam a constituir uma verdadeira linguagem, por sua vez constitutiva de um sistema mítico, como signos distintivos. O ser humano, desta forma, vive num dado ponto do espaço social em que ele difere e é diferente, e nessa distinção ele se significa; essa diferença só é percebida e torna-se pertinente por alguém capaz de estabelecer a diferença, sendo que, por esse princípio de visão e divisão que lhe é inscrito, ele se estrutura marcado conforme as diferenças. Considerando a totalidade dos agentes sociais e os grupos, tem-se que o que se sucede socialmente é produto dessa ação ou omissão marcantes, significativa e distintiva de forma cotidiana, e que ninguém consegue ser indiferente a esse fenômeno mas, ao contrário, sofre o influxo das condutas humanas marcadas pela significação na distinção.⁴³

No campo científico – campo social específico de um conjunto de agentes sociais dedicados à ciência –, por exemplo, o *habitus* se manifesta na forma de um comportamento estratégico prático que não necessita do agente um cálculo racional para se posicionar no jogo; aí está o valor do *habitus*, o agente que é dele dotado – de acordo com o campo social onde

³⁹ BOURDIEU, O poder..., p. 60-1.

⁴⁰ BOURDIEU, Razões..., p. 21-2.

⁴¹ BOURDIEU, Razões..., p. 21.

⁴² BOURDIEU, Razões..., p. 22.

⁴³ BOURDIEU, Razões..., p. 22-3.

atua – já tem o “sentido do jogo [do jogo social que é jogado nesse campo ou no espaço social determinado onde está atuando] e não tem necessidade de raciocinar para se orientar e se situar de maneira racional num espaço”. O *habitus* ou *hexis*, assim, favorece uma tomada de posição vantajosa mesmo sem o agente raciocinar, pois ele condiciona tal atitude.⁴⁴

Essa noção, assim, procura exprimir uma recusa a opções que a ciência social criou e se encerrou – consciência, inconsciência, finalismo, mecanicismo, etc. – para explicar as ações e atitudes humanas, inclusive romper com o tradicional paradigma estruturalista – que investe numa filosofia da ação calcada no inconsciente e reduzindo um agente a papel ou função de suporte da estrutura –, sem retornar, como opção inexorável – quando ocorre hiatos ou ausências teóricas substitutas ao se abandonar o estruturalismo –, à filosofia do sujeito ou da consciência, ou o *homo economicus* da economia clássica.

A noção original retomada é *hexis* de Aristóteles, mas que a escolástica converteu em *habitus*, e ela põe em evidência as capacidades – poder gerador – criadoras, ativas e inventivas do *habitus* e do agente. Esse poder gerador não se identifica com um espírito universal, com uma dada natureza ou fruto de uma razão humana, mas fruto de um agente em ação na inter-relação com o mundo; o *habitus* ou *hexis* é um conhecimento adquirido e também um capital – um haver, um crédito – e indica uma disposição ou postura que já está programada ou incorporada num agente, retomando o primado da razão prática ou o lado ativo do conhecimento prático, abandonados, respectivamente, pelas tradições idealista e materialista.

Verifica-se que os utilizadores da expressão *habitus* sempre tiveram a mesma intenção de manter o agente como operador prático na construção de objetos sociais no mundo, mas abandonando a filosofia da consciência, como se constata em Hegel,⁴⁵ com sua noção de *etos* equivalente a *hexis*, reintroduzindo disposições duradouras constitutivas de uma moral

⁴⁴ BOURDIEU, O poder..., p. 62. Sobre essa facilidade de um agente já estar posicionado adequadamente num campo para agir e obter os melhores ganhos possíveis, vide abaixo o item sobre campo.

⁴⁵ George Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831), filósofo alemão fortemente influenciado pelo romantismo que desenvolveu a filosofia idealista de Kant. Ele modificou a metafísica de Kant em dois pontos fundamentais: a) sustentou que a divisão, proposta por Kant, da realidade em duas esferas distintas, a do conhecível e a do cognoscível, era incoerente; b) além disso, introduziu a dimensão da história no cerne da filosofia. O sistema daí resultante – elaborado na *Fenomenologia do Espírito*, em 1807 – considerava o mundo como a evolução do espírito na direção de uma crescente racionalidade, à medida em que esse espírito atingia graus nunca antes alcançados de consciência de si. Esse processo deveria, segundo Hegel, ser entendido como dialético, supondo por isso uma forma lógica bem diferente da dedução: em vez de uma oposição absoluta entre erro e verdade, na dialética o erro faz parte do caminho para a verdade e cada estágio da história do espírito ou do conhecimento é função do processo em que uma tese ou afirmação é contraditada por uma antítese, resultando desse conflito uma síntese que supera ambas e que por sua vez é oposta a uma nova antítese, e assim sucessivamente. Hegel defendia uma concepção monista – mente e realidade exterior têm a mesma natureza –, para a qual a história é regida por leis necessárias e o mundo constitui um todo orgânico, e que foi expressa na célebre frase segundo a qual o “racional é real”. Assim, ele se propõe a estabelecer um sistema que repousa no projeto de “pensar a vida” – o modo de colocar o ser e o pensamento, opondo-os num primeiro momento e depois superando esta oposição – na medida em que o mundo, o conhecimento desse mundo e discurso pelo qual esse conhecimento se exprime são concebidos como o desenvolvimento do Conceito. Propondo-se a expor este desenvolvimento do Conceito, o sistema hegeliano engloba a totalidade: exterioridade e interioridade se juntam, do mesmo modo que sujeito e objeto, no Absoluto que é o nível do discurso. A dialética hegeliana, assim, é este procedimento por oposição e englobamento das oposições, tanto no plano do entendimento como no da história. A dialética não é um método que supõe as exterioridades do entendimento em relação ao objeto, nem reciprocamente, mas é o próprio movimento do Conceito, a própria vida do sistema, por que o Absoluto é o sujeito. Hegel escreveu também *Ciência da Lógica* (1812-6), *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* (1817), *Princípios de Filosofia do Direito* (1821). In: NOVA ENCICLOPÉDIA ILUSTRADA FOLHA. São Paulo: Empresa Folha da Manhã, 1996. v. 1; GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 12.

realizada; em Husserl,⁴⁶ com seu conceito de *habitualität*, também semelhante a *habitus*, reintroduzindo uma relação de cumplicidade ontológica com o mundo; em Mauss,⁴⁷ reconhecendo a dimensão corporal da *hexis* como porte ou postura, utilizando a noção para designar o funcionamento sistemático do corpo civilizado; e também em outros como Heidegger⁴⁸ e Merleau-Ponty,⁴⁹ que sem empregarem a expressão também buscaram afastar-

⁴⁶ Edmund Husserl (1859-1939), filósofo e lógico alemão que defendeu a concepção de que todo conhecimento reside no fato de uma visão, pela consciência, de uma essência, sendo essa a marca de sua filosofia, vale dizer, de tipo essencialista. Para ele, a consciência é determinada por uma intencionalidade; assim, os fenômenos dão-se à consciência numa série de sucessivos esboços: a consciência é o invariante que recebe e dá sentido à série de esboços. Após ter mostrado a elaboração dos significados no campo das idealidades lógico-matemáticas, Husserl buscou construir uma filosofia da vida e da percepção. In: GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 13.

⁴⁷ Marcel Mauss (1872-1950), sociólogo e antropólogo francês que analisou as formas de trocas nas sociedades não-industriais revelando a dimensão simbólica do prestígio, excluindo a possibilidade de reduzi-lo a aspectos jurídicos e econômicos; ao analisar a dádiva, estendeu aos domínios jurídicos e morais os fundamentos econômicos da mesma. Para ele, a dádiva, à maneira dos outros atos sociais, põe em questão a totalidade da sociedade e de suas instituições. In: GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 16.

⁴⁸ Martin Heidegger (1889-1976), filósofo alemão discípulo de Edmund Husserl, expoente da corrente filosófica existencialista que procurou responder em sua principal obra, *O Ser e o Tempo*, a questão fundamental: o que é o ser? Ele desenvolveu um novo vocabulário filosófico, no qual a metafísica e a epistemologia davam lugar à análise dos diversos aspectos da existência humana. In: NOVA ENCICLOPÉDIA ILUSTRADA FOLHA. São Paulo: Empresa Folha da Manhã, 1996, v. 1.

⁴⁹ Maurice Merleau-Ponty (1908-1961), filósofo francês que influenciado pela fenomenologia husserliana destacou-se, entre outros, por escritos sobre o existencialismo [Costuma-se indicar por esse termo, desde 1930 aproximadamente, um conjunto de filosofias ou correntes filosóficas cuja marca comum não são os pressupostos e as conclusões (que são diferentes), mas o instrumento de que se valem: a análise da existência. Essas correntes entendem a palavra *existência* como o modo de ser próprio do ser humano enquanto é um modo de ser no mundo, em determinada *situação*, analisada em termos de *possibilidade*. A análise existencial é, portanto, a análise das situações mais comuns ou fundamentais em que o ser humano vem a encontrar-se. Nessas situações, obviamente, o ser humano nunca é e nunca encerra em si a totalidade infinita, o mundo, o ser, ou a natureza. Portanto, o termo existência tem significado completamente diferente de outros termos como consciência, espírito, pensamento etc., que servem para interiorizar ou, como se diz, tornar “imaneente” no ser humano a realidade ou o mundo em sua totalidade. *Existir* significa *relacionar-se com o mundo*, ou seja, com as coisas e com os outros seres humanos, e como se trata de relações não-necessárias em suas várias modalidades, as situações em que elas se configuram só podem ser analisadas em termos de possibilidades. Esse tipo de análise foi possibilitada pela fenomenologia de Husserl, que elaborou o conceito de transcendência onde, segundo esse conceito, nas relações entre sujeito cognoscente e objeto conhecido ou, em geral, entre sujeito e objeto (não só no conhecimento, mas no desejo, na volição etc.), o objeto não está *dentro* do sujeito, mas permanece fora, e dá-se a ele em “carne e osso”. Esse conceito manteve-se rigoroso na filosofia de Husserl e exerceu grande influência no existencialismo, para o qual as relações entre o ser-aí (isto é, o ente que existe, o ser humano) e o mundo sempre se configuram como transcendência. In: ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 402]. In: GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 16. Sobre fenomenologia, a expressão quer designar inicialmente a descrição daquilo que aparece ao ser humano; outra forma de designá-la é tratá-la como a ciência que tem como objetivo ou projeto a descrição do que aparece – ou emerge apresentando-se – ao ser humano. Vários pensadores em diferentes épocas utilizaram a expressão dando diferentes sentidos específicos, inclusive no aspecto da psicologia descritiva. Foi Edmund Husserl quem fixou a noção até hoje presente e permanente sobre fenomenologia, dando um significado de fenômeno que implicou na eliminação da confusão entre psicologia e fenomenologia. Husserl afirmou que psicologia é a ciência de dados de fato, sendo que os fenômenos que ela considera são acontecimentos reais que, juntamente com os sujeitos a que pertencem, inserem-se no mundo espaço-temporal. Já a fenomenologia, que ele denomina por “pura” ou “transcendental”, seria uma ciência de essências – portanto, *eidética* – e não de dados de fato, possibilitada apenas pela *redução eidética*, cuja tarefa é expurgar os fenômenos psicológicos de suas características reais ou empíricas e levá-los para o plano da generalidade essencial. A *redução eidética*, vale dizer, a transformação dos fenômenos em essências, também é redução fenomenológica em sentido estrito, porque transforma esse fenômenos em *irrealidades*. Com esse significado, a fenomenologia constituiu-se como uma corrente filosófica particular, que pratica a filosofia como investigação fenomenológica, ou seja, valendo-se da redução fenomenológica e da *époché* – suspensão do juízo, consistente em não aceitar nem refutar, em não afirmar nem negar algo, sendo o contrário dessa atitude o que se conhece por dogmatismo, que já parte do assentimento sobre alguma coisa (ainda obscura, segundo uma corrente filosófica antiga grega). Os resultados fundamentais a que esta investigação levou, em Husserl, podem ser resumidos da seguinte maneira: a) o reconhecimento do *caráter intencional da consciência*, em virtude do qual a consciência é um movimento de *transcendência* em direção ao objeto, sendo que o objeto, ao mesmo tempo, se dá ou se apresenta à consciência “em carne e osso” ou “pessoalmente”; b) evidência da visão – intuição – do objeto devido à presença efetiva do

se da filosofia da consciência.⁵⁰

2.3. A classe social

Mas como Bourdieu constrói sua visão de classe na sociedade? Construir o espaço social – realidade invisível e intangível – é possibilitar a construção de classes teóricas homogeneizadas, através de um princípio de classificação que se torna também explicativo, vale dizer, descreve classificatoriamente o conjunto das realidades sociais – aquelas escolhidas como pertinentes, que no caso em tela trata-se de agrupar os agentes que mais se pareçam entre si e distinguir daqueles que sejam tão diferentes quanto possível pertencentes a outras classes – de acordo com algumas propriedades determinantes assinaladas, que acabam por permitir predizer outras propriedades porventura existentes ou não.⁵¹

Ocorre que a classificação assim procedida, construtora de classes teóricas, pode levar a indução de que o que existe antes de tudo teoricamente, possa existir realmente, como classes reais ou grupos reais. Ora, a pesquisa de agentes ou grupos e sua teorização em modelos inscrevem previsões, previsibilidades, probabilidades, mas não significa que constituam necessariamente uma classe de acordo com o que Karl Marx⁵² assinalou, “*um grupo mobilizado por objetivos comuns* e

objeto; c) generalização da noção de objeto, que compreende não somente as coisas materiais, mas também as formas de categorias, as essências e os “objetos ideais” em geral; d) caráter privilegiado da *percepção imanente*, ou seja, da consciência que o *eu* tem das suas próprias experiências, porquanto nessa percepção *aparecer e ser* coincidem perfeitamente, ao passo que não coincidem na *intuição do objeto externo*, que nunca se identifica com sua aparições à consciência, mas permanece além delas. In: ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 339 e 437-8.

⁵⁰ BOURDIEU, O poder..., p. 62.

⁵¹ BOURDIEU, Razões..., p. 24.

⁵² Karl Marx (1818-1883), cientista social, filósofo, teórico do socialismo e revolucionário alemão. Segundo filho de um advogado liberal de confissão judaica convertido ao protestantismo, foi originalmente um dos discípulos de Hegel – com rompimento mais tarde –, tendo estudado Direito nas Universidades de Bonn e Berlim, onde aprofundou-se em História e Filosofia. Devido a seu radicalismo viu sua ambição de seguir carreira acadêmica em Bonn frustrada. Em 1841 preparou em Iena uma tese sobre *As diferenças da filosofia da natureza em Demócrito e Epicuro*, que o fez descobrir a crítica materialista da religião. Membro dos jovens hegelianos, ligou-se aos irmãos Bauer e recebeu também a influência de L. Feurbach. Em 1842, em Colônia, tornou-se redator-chefe da *Gazeta Renana*, jornal de oposição fundado por burgueses radicais, que seria proibido de circular pelo censor. Foi então que tomou conhecimento dos problemas econômicos e conheceu melhor o socialismo francês, pela leitura de Saint-Simon, Fourier, Proudhon etc. Casou-se com uma amiga de infância, Jenny von Westphalen, em 1843, e mudou-se para Paris, onde lançou, após a interdição da *Gazeta Renana*, os *Anais Franco-Alemães*, em cujo único número figura *A questão judaica* (1844). Em Paris encontrou Friedrich Engels, que se tornaria seu colaborador intelectual em diversos trabalhos. Hegel exerceu uma grande influência sobre os *Manuscritos* de 1843 e 1844, nos quais o jovem Marx desenvolveu uma filosofia onde a alienação é o tema central. Na mesma época Marx redigiu sua *Contribuição à crítica da filosofia do direito de Hegel*. Escreveu, contra os hegelianos, *A sagrada família*, com Engels (1845), a *Ideologia alemã* (1845, só publicada em 1932) e, contra Proudhon, *Miséria da filosofia* (1847). Em 1845, foi para Bruxelas, onde associou-se à Liga Socialista pela Justiça (1847), posteriormente denominada Liga Comunista. O período vivido em Paris (1843-5) e depois em Bruxelas (1845-8) foi marcado por uma intensa atividade política. Marx multiplicou os contatos com os militantes operários e os emigrados alemães, uniu-se a Engels, fundou a Sociedade dos Operários Alemães de Bruxelas e, com Engels, estabeleceu uma verdadeira rede de correspondência comunista. Os dois escreveram, entre outros, o *Manifesto do Partido Comunista* (1848), solicitado pela Liga dos Comunistas. Esses foram seus anos de acerto de contas com sua consciência filosófica de outrora e da elaboração do materialismo histórico: a ruptura com seu passado foi tanto política quanto teórica. Quando as Revoluções de 1848 eclodiram, Marx foi expulso da Bélgica. Fixou-se em Colônia, num breve retorno, onde lançou a *Nova Gazeta Renana* (junho de 1848 a maio de 1849), para a qual escreveu numerosos artigos em favor dos operários – *Trabalho assalariado e capital*. Expulso da Alemanha e depois da França, refugiou-se em 1849 em Londres, onde viveu na miséria, atenuada pela ajuda financeira de Engels que viveu o resto de seus dias. Escreveu então *Lutas de classes na França* (1850). Dispôs-se a estudar economia e concebeu sua obra-prima, *O capital*. Em 1864 foi convidado para assumir

particularmente contra uma outra classe".⁵³

Mas isso não significa que não possa haver classe no sentido marxista do termo, uma vez que a proximidade de agentes no espaço social define uma potencialidade objetiva de unidade, ou seja, uma classe provável, tornado-se necessário um trabalho político de mobilização para construir uma classe real pertinente a uma classe teórica. O que se pode denominar mais proximamente por classe, real e concretamente – ou seja, no mundo contemporâneo e porque não de todas as épocas – , é talvez uma classe mobilizada ou realizada, resultado de uma luta simbólica – política – de classificação que impõe uma visão do mundo social “ou, melhor, uma maneira de construí-la, na percepção e na realidade, e de construir as classes segundo as quais ele pode ser recortado”; enfim, tratar-se-ia aqui de uma classe de agentes que se impôs concretamente na realidade do mundo social e, assim, impõe a sua visão e divisão particular – exclusiva ou singular – de mundo a todos os demais agentes sociais.⁵⁴

a direção da Associação Geral dos Operários Alemães – I Internacional –, para a qual redigiu o *Discurso inaugural* e os *Estatutos*. Estando em Paris por ocasião da Comuna, deu-lhe uma interpretação militante em *A guerra civil na França* (1871). Continuou a redação de *O capital*, participando ativamente da definição dos programas dos partidos operários alemão – *Crítica do Programa de Gotha* – e francês – *Considerações sobre o programa do Partido Operário Francês*, 1880. Auxiliou Engels na redação de *Anti-Dühring* (1878), mas, devido a sua doença, à morte de sua mulher (1881) e de sua filha Jenny (1883), não resistiu, vindo a falecer a 14 de março do mesmo ano. Seu envolvimento, como jornalista, com os grupos radicais alemães e franceses da conturbada década de 1840 levou-o a adotar o comunismo e a formular uma ampla e influente crítica do capitalismo, por ele condenado como a maior causa da alienação humana moderna. Convencido da importância central da economia – isto é, das condições materiais de vida – para a determinação dos demais aspectos da existência humana, Marx inverteu a célebre fórmula idealista de Hegel, segundo a qual é a consciência, ou o espírito, que determina o curso da história humana; desenvolveu, nesse sentido, uma interpretação materialista da história, que no entanto conserva da doutrina de Hegel a noção de dialética, a qual se transformaria no núcleo da corrente filosófica, ideológica e político-social conhecida como marxismo. Marx previa uma revolução política e social global, como resultado de um conflito entre as classes trabalhadoras e os capitalistas, os quais usavam o Estado para reforçar seu próprio domínio. Sua meta era a união de todos os trabalhadores para conseguirem o poder político. Após a militância revolucionária e as obras de caráter político e histórico, nos últimos anos de sua vida Marx dedicou-se mais intensamente às análises econômicas, com o propósito de demonstrar o caráter essencialmente exploratório do capitalismo, que, segundo ele, fazia com que o sistema produzisse crises cada vez mais graves. Seus estudos resultaram na obra *O capital*, de 1867 – editada por Engels em 1885-94. Durante muitas décadas, *O capital* foi uma referência central na área das ciências sociais. Em seus escritos anteriores, de cunho mais jornalístico, Marx analisou os acontecimentos políticos de sua época a partir de uma perspectiva comprometida com a classe operária. Em várias ocasiões participou ativamente de movimentos socialistas, ajudando a fundar a Primeira Internacional, em 1864, sendo escolhido seu líder. Um choque ideológico entre Marx e Bakunin levou-os a se desentenderem em 1876. Desde sua morte, sua extensa obra exerceu imensa influência sobre o pensamento político e social, e, mais especificamente, sobre os movimentos e partidos socialistas do mundo todo. Assim, durante a vida escreveu diversas obras objetos de muitas referências, tendo, juntamente com Friedrich Engels (1820-1895), concebido o marxismo como uma concepção sistemática social de idéias econômicas e política, desenvolvido, posteriormente, por seus adeptos. O marxismo, com seu materialismo dialético, é a base teórica e prática do comunismo; no cume do marxismo encontra-se a concepção materialista da história, de acordo com a qual o desenvolvimento de todas as sociedades é, em última instância, determinado pelos métodos de produção adotados pelo povo para atender às suas necessidades. Uma técnica particular de produção determina, em primeiro lugar, um conjunto de relações de propriedade para organizar a produção – escravidão, feudalismo, capitalismo –, e, em segundo lugar, a política, a religião ou a filosofia de uma determinada sociedade. Desta forma, é o conflito entre as classes emergentes – luta de classes – que leva ao estágio seguinte da evolução social. O feudalismo é sucedido pelo capitalismo e será, por sua vez, sucedido pelo socialismo/comunismo. In: GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 16; NOVA ENCICLOPÉDIA ILUSTRADA FOLHA. São Paulo: Empresa Folha da Manhã, 1996. v. 2.

⁵³ BOURDIEU, Razões..., p. 24-5. Itálicos no original.

⁵⁴ BOURDIEU, Razões..., p. 25-6.

Sabe-se que a existência de classes na teoria e na realidade é alvo direto de lutas. Uma tradição procura negar a existências de classes, em realidade procurando negar, no limite, a existência de diferenças e de princípios de diferenciação sociais; entretanto, mesmo em países muito desenvolvidos, onde a maioria se considere homogeneamente pertencentes a uma mesma classe identificada com alto bem-estar sócio-econômico e participação democrática, pesquisas revelam que a diferença se encontra por todos os espaços, revelando assim que a diferença existe e persiste vigorosamente no espaço social. Diante disso, melhor que afirmar a existência de classes sociais, seria admitir que o “que existe é um espaço social, um espaço de diferenças, no qual as classes existem de algum modo em estado virtual, pontilhadas, não como um dado, mas como *algo que se trata de fazer*”.⁵⁵

Uma importante conclusão emerge. O mundo social, com suas diferenças e divisões, apresenta-se como algo que os agentes sociais continuamente têm que construir individual e coletivamente, tanto na cooperação quanto no conflito, e a posição ocupada por cada qual no espaço social – na estrutura de distribuição de diferentes tipos de capital – governa não só as representações desse espaço mas também a iniciativa de tomadas de posição nas lutas para conservá-lo ou transformá-lo. Assim, nessa relação complexa entre estrutura objetiva e construções subjetivas, parafraseando Blaise Pascal,⁵⁶ o sociólogo francês assinala que o “espaço social me engloba como um ponto. Mas esse ponto é um *ponto de vista*, princípio de uma visão assumida a partir de um ponto situado no espaço social, de uma *perspectiva* definida em sua forma e em seu conteúdo pela posição objetiva a partir da qual é assumida. O espaço social é a realidade primeira e última já que comanda até as representações que os agentes sociais podem ter dele”.⁵⁷ Ter consciência dessa realidade objetiva e fenomênica não altera nada por si, mas principiam reflexões sobre as “armas” passíveis de uso para conservações e transformações necessárias nesse espaço, compreendendo-se as imbricações entre a estrutura objetiva e as construções subjetivas nesse processo.

Entretanto, a expressão “estrutura social”, comumente empregada pelos sociólogos para identificar uma sociedade estratificada com classes ou grupos de *status*,⁵⁸ se efetivamente forma uma estrutura, torna preciso compreendê-la em que medida tais partes mantêm relações entre si para além de uma mera justaposição e se isso realmente está sucedendo factualmente no espaço social, vale dizer, se propriedades são reveladas como resultantes de uma dependência da classe ou grupo de *status* com relação à totalidade que os define. O termo “estrutura social” normalmente quer designar ou substituir a expressão “organização social”, entretanto, mais precisamente procura-se vincular a expressão “estrutura” com um sistema de posições sociais, ao passo que a expressão “organização” direciona-se para designar

⁵⁵ BOURDIEU, Razões..., p. 26-7. Itálicos no original. O autor também cita Edward Palmer Thompson e sua obra “A Formação da Classe Operária Inglesa”, editada no Brasil pela Editora Paz e Terra, sobre o sentido que dá para construção ou fabricação de uma classe no sentido marxista. In: BOURDIEU, Razões..., p. 29.

⁵⁶ Blaise Pascal (1623-1662), matemático, físico, filósofo religioso e homem das letras francês. In: NOVA ENCICLOPÉDIA ILUSTRADA FOLHA. São Paulo: Empresa Folha da Manhã, 1996. v. 2.

⁵⁷ BOURDIEU, Razões..., p. 27.

⁵⁸ Grupo de *status* é um conceito weberiano que quer significar um conjunto de pessoas definidas por uma certa posição

um sistema de papéis sociais.⁵⁹

A noção de estrutura social pressupõe que cada classe social – historicamente construída e definida, ocupante de uma posição e por essa posição afetada nas relações com as outras partes constitutivas da estrutura – possui propriedades marcantes de posição justamente por estar integrada numa estrutura e, como tal, um elemento nela constituinte e determinado, sendo essas propriedades independentes de propriedades intrínsecas evidenciadas como com a prática profissional e condições materiais de existência, estes últimos mais relacionados com os papéis sociais – sua situação ou condição de classe – que exercem. A distinção entre propriedades de posição e propriedades de situação é eminentemente uma operação do intelecto humano, e parte do pressuposto acima referido e da necessidade de desvelar – afastar ignorâncias – as determinações específicas que uma classe social recebe do conjunto total de relações que ela estabelece com as outras classes, levando a ser estabelecida identificações verdadeiras e analogias reais.⁶⁰

As propriedades de posição permitem negativamente, vale dizer, impedem que um sociólogo transfira imediatamente, de uma sociedade à outra, esquemas interpretativos – descritivos e explicativos – ou, referido à mesma sociedade, mas de uma época a outra. Verifica-se que duas classes ou duas sociedades diferentes, mesmo quando definidas por condições de existência ou práticas profissionais idênticas ou semelhantes, apresentam propriedades diferentes quando inseridas em estruturas sociais diferentes e por acabarem ocupando posições estruturalmente diferentes. Por outro lado, se duas classes ou dois grupos, caracterizadas por condições de existência e práticas profissionais diferentes, apresentarem propriedades comuns devido ao fato de ocuparem posições semelhantes em duas estruturas diferentes, isso não permite estabelecer imediatamente, e por si só, proposições gerais, trans-culturais e trans-históricas, a partir de casos isolados do contexto histórico e social que estão inseridos. Uma comparação é feita atendo-se às estruturas, mais que aos seus elementos; estruturas equivalentes e partes estruturalmente equivalentes das mesmas permitem efetuar uma profícua comparação.⁶¹

Somente nesse sentido estruturas sociais de duas sociedades diferentes podem apresentar propriedades estruturalmente equivalentes, mesmo verificando-se diferenças profundas quanto às características objetivas das classes que a constituem e compõem. Essa apreensão estrutural permite submeter cada classe social a um questionamento e investigação mais sistemático e metódico, para desvelar verdades que uma apreensão “realista” – a realidade social tal com se apresenta imediatamente

hierárquica de honra e de prestígio, diferentemente de classe social que, para Weber, quer significar um grupo de indivíduos que compartilham as mesmas chances típicas no mercado de bens e trabalho, as mesmas condições de existência e de experiências pessoais – enfim, que partilham a mesma situação de classe ou situação de mercado. In: BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas simbólicas*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998, p. 14.

⁵⁹ BOURDIEU, *A economia das trocas simbólicas*, p. 3 e notas de rodapé n. 1 e 2.

⁶⁰ BOURDIEU, *A economia das trocas simbólicas*, p. 3-4.

⁶¹ BOURDIEU, *A economia das trocas simbólicas*, p. 5-6.

aos sentidos e percepção, enfim, sociologia espontânea – não poderia indicar. Nesse sentido, como exemplo de propriedades de posição, análises de Werner Sombart⁶² e Max Weber⁶³ revelaram que há um ressentimento, disfarçado sob o discurso da indignação moral, ligado historicamente a uma posição de inferioridade na estrutura social, especificamente pertinentes às camadas inferiores das classes médias. Por outro lado, como exemplo de propriedades de situação, é possível asseverar proposições que são aplicáveis aos grupos definidos não por sua posição social, mas por sua situação social, como a dos sub-proletários que, por sua insegurança econômica permanente, acabam por não se constituir como um corpo coerente de reivindicações sociais e econômicas.⁶⁴

Outro fator significativo de análise é que a posição de um indivíduo – agente social – ou de um grupo dentro de uma estrutura social somente pode ser avaliada dinamicamente – jamais estaticamente, como é feito erroneamente ao enquadrá-lo simplesmente numa posição superior, média ou inferior na estrutura social – e circunstancialmente. Todo grupo ou indivíduo localizado numa dada posição da estrutura social, possui uma trajetória social – histórica – que está se realizando; portanto, há propriedades sociais que podem ser extraídas da posição – caminhar já feito ou realizado da trajetória social – e do futuro que a posição indica para o indivíduo ou grupo. Conclui-se que posições aparentemente idênticas podem se revelar diferentes quando comparados ao futuro histórico da posição ocupada por cada um, enfim, ao destino de cada qual dentro da estrutura social vista em conjunto. Por outro lado, o sentido ascendente ou descendente do futuro trajeto de cada qual podem ser a propriedade comum desses grupos ou indivíduos, mesmo não tendo a mesma trajetória social – o mesmo caminhar social – já realizado.⁶⁵

A classe burguesa junto com as demais outras classes relativas que conviviam com ela – ou ela com as outras classes – como a classe nobre – por terras, títulos ou profissões eruditas – e a classe ou grupo que reunia camponeses iletrados, pequenos artesãos, e trabalhadores não-qualificados, é exemplo de classe social que ocupa – ou ocupou – a mesma posição em estruturas sociais diferentes e que apresenta um certo número de propriedades comuns, mesmo verificando-se diferenciação significativa de sua situação social. Assim, a análise estrutural das sociedades e seus grupos na Inglaterra, França, Alemanha e Itália, revela que essa classe média – ou intermédia – que essa análise consagrou historicamente como burguesa, construiu e manteve traços

⁶² Werner Sombart (1863-1941), economista alemão que, entre outros, estudou as motivações subjetivas dos agentes econômicos. In: GRANDE ENCICLOPÉDIA LAROUSSE CULTURAL. São Paulo: Nova Cultural, 1998, v. 22.

⁶³ Max Weber (1864-1920), sociólogo alemão e um dos fundadores clássicos da sociologia. Estudou e escreveu resultados de pesquisas sobre assuntos múltiplos, da história da economia à sociologia da música; afirmou que havia um elo entre a emergência do protestantismo e a ascensão do capitalismo, tendo sido um dos pioneiros a dar importância para a burocracia num meio social, ligando-o a determinado tipo de poder social institucionalizado. Ao estudar a estratificação social, revelou que pertencer a uma classe social não dependia diretamente de atributos econômicos ou ocupacionais, mas também do *status* – ou estatuto de reconhecimento ou prestígio social – no seu papel para a desigualdade social; para ele a sociologia deveria interpretar e explicar o comportamento social, numa postura científica diversa das descrições e observações preconizadas pelo positivismo comtiano. In: NOVA ENCICLOPÉDIA ILUSTRADA FOLHA. São Paulo: Empresa Folha da Manhã, 1996, v. 2.

⁶⁴ BOURDIEU, A economia das trocas simbólicas, p. 6-7.

⁶⁵ BOURDIEU, A economia das trocas simbólicas, p. 7-8.

comuns trans-históricos e trans-culturais como: (I) preocupação quanto ao seu lugar na ordem social; (II) espírito rigoroso de trabalho, esforço, seriedade, moderação e poupança; (III) estilo de vida; (IV) *ethos* e atitudes em relação à educação e à cultura; entre outros.⁶⁶

Observa-se, também, que tais valores se irradiaram e acabaram por se manifestar em camadas baixas da pequena burguesia como empregados, funcionários médios e subalternos, que em suas atitudes e comportamentos profissionais – apego às práticas burocráticas, por exemplo – e pessoais – regularidade comportamental, probidade, rigor e indignação moral – retraduziram o novo sistema de valores conforme sua específica condição de vida.⁶⁷

Assim, verifica-se que as características das diferentes classes sociais estão em função da posição diferencial ocupada por cada classe na estrutura social e do seu peso funcional⁶⁸ na mesma, proporcional à contribuição das classes para a constituição da estrutura, não se restringindo à uma questão de importância numérica. Mas além disso, tendo em vista que os membros das diferentes classes sociais estão continuamente estabelecendo e se envolvendo em relações simbólicas⁶⁹ entre si, deliberadamente ou objetivamente verificáveis, decorre daí que muita das propriedades de uma dada classe provém – além de sua situação e posição na estrutura social – também dos resultados dessas interações e inter-relacionamentos efetuados pelos indivíduos ou agentes sociais.⁷⁰

Essas relações simbólicas acabam exprimindo “diferenças de situação e de posição segundo uma lógica sistemática, tendendo a transmutá-las em *distinções significantes*. E a independência relativa do sistema de atos e procedimentos expressivos (...), das *marcas de distinção*, graças as quais os sujeitos sociais exprimem, e ao mesmo tempo

⁶⁶ BOURDIEU, A economia das trocas simbólicas, p. 8-10.

⁶⁷ BOURDIEU, A economia das trocas simbólicas, p. 10-2.

⁶⁸ O funcionalismo é um ramo de análise em ciências sociais e refere-se a uma orientação metodológica e teórica em que as consequências de um dado conjunto de fenômenos empíricos constituem o centro da atenção analítica, deixando de lado as causas dos referidos fenômenos. A expressão funcionalismo tem sido aplicada a toda uma variedade de abordagens divergentes, mas o elemento que estas têm em comum é a concentração nas relações de uma parte da sociedade com outra e de uma parte da sociedade com a sociedade inteira. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom; et alii. Dicionário do pensamento social do século XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 326.

⁶⁹ Simbolismo, simbólico, simbólica, símbolo, entre outros, são termos que querem expressar o uso dos signos e suas manifestações para o ser humano. O símbolo é o mesmo que signo, e quer designar – genericamente – qualquer objeto ou acontecimento, usado como menção de outro objeto ou acontecimento. Em sentido mais restrito a noção deve ser entendida como a possibilidade de referência de um objeto ou acontecimento presente a um objeto ou acontecimento não-presente, ou cuja presença ou não-presença seja indiferente, um ente do qual se infere a presença ou a existência passada ou futura de outro ente. Os símbolos revelam alguma coisa ou são indicativos de algo que é obscuro, e são um produto intelectual que é uma relação de referência entre dois termos conexos e que permite chegar a conhecer alguma coisa. Distingue-se no signo a relação de significação e suposição que está implícito em seu uso, sendo que a vida humana está repleta de formas simbólicas com seus significados conceituais. Mais modernamente os signos foram estudados sob ponto de vista da sua relação com seus intérpretes, vale dizer, o uso que é dado aos signos; desse ponto de vista o signo é estudado como uma relação com ele próprio, com seu objeto e com o interpretante. In: ABBAGNANO, Nicola. Dicionário de filosofia. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 894-6 e 901. A semiótica, no pensamento a partir do século XX, refere-se às teorias de signos e sistemas de signos, em especial com o seu papel na comunicação, portanto, ao estudo de sistemas de comunicação humana. Ela confere prioridade à linguagem ou ao código linguístico que é usado como paradigma de outros signos não-lingüísticos de microfenômenos e macrofenômenos culturais. In: OUTHWAITE, William; BOTTOMORE, Tom; et alii. Dicionário do pensamento social do século XX. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p. 683.

⁷⁰ BOURDIEU, A economia das trocas simbólicas, p. 12-4.

constituem para si mesmos e para os outros, sua posição na estrutura social (e a relação que eles mantêm com esta posição) operando sobre os “valores” (no sentido dos linguistas)⁷¹ necessariamente vinculados à posição de classe, uma duplicação expressiva que autoriza a autonomização metodológica de uma ordem propriamente cultural”. Essa ordem econômica e social, assim expressa sistematicamente pode, desta forma, ser legitimamente constituída e tratada como sistema e, conseqüentemente, tornar-se objeto de uma apreensão estrutural, onde as diferenças de segunda ordem como as marcas de distinção – expressando valores de posição vinculados a cada posição (nível) na estrutura social – dependem das atitudes que os agentes desenvolvem e adotam – educação vinculada à sua condição e posição na estrutura social – para apropriar-se dessas marcas simbólicas de valores.⁷²

2.4. Os diferentes tipos de capital circulante no meio social

A idéia de capital está diretamente ligada à idéia de campo.⁷³ Cada campo constitui um tipo específico de capital e esse capital é uma espécie específica de capital simbólico. O capital simbólico não se confunde com o capital econômico, como normalmente é relacionado a expressão “capital”; trata-se de um fundo ou riqueza específica e singular – socialmente definido e reconhecido – que angaria um agente ou instituição num dado campo. Isso resulta por lhe reconhecer uma competência – por seus atos é que se dá o conhecimento e reconhecimento dos valores e objetos eleitos com importantes e lucrativos do ponto de vista social, por seus diversos protagonistas, num dado estágio do campo – produtora de efeitos, uma determinada autoridade, e que contribui para definir as regras do jogo do campo específico e a leis que garantem os lucros sociais para os diversos protagonistas em luta nele – no campo científico, por exemplo, define o que pode ser considerado como é brilhante ou antiquado, sobre que tema escrever, onde publicar. Desta forma, por exemplo, o capital científico – tipo específico de capital – seria uma espécie de capital simbólico consistente em reconhecimento – ou crédito – outorgado a alguém ou uma instituição pelo conjunto dos pares-concorrentes dentro do campo científico, se revelando através de citações, prêmios, medalhas, traduções, etc.⁷⁴

⁷¹ Para os linguistas, a significação de um signo não pode ser confundida com o significado do mesmo. O significado é o conceito ou imagem que vem junto e acompanhado do significante e a significação é a união efetiva entre um certo significado e um certo significante, revelando-se no âmbito da fala, e revelando ser sempre uma questão individual e localizada no tempo e no espaço. Nesse sentido, também não pode ser confundido significação com valor de um signo; valor de um signo é tudo que está à volta do signo, em seu entorno, e que ajuda a determinar a significação do mesmo. Por exemplo, a expressão “tutu” tanto pode remeter a um prato culinário típico à base de feijão, como pode remeter à significação dinheiro, sendo que o entorno do signo – com sua carga valorativa – irá determinar a significação correta para a ocasião. In: COELHO NETTO, J. Teixeira. *Semiótica, informação e comunicação*. 3. ed. São Paulo: Perspectiva, 1990, p. 22-3.

⁷² BOURDIEU, A economia das trocas simbólicas, p. 14.

⁷³ Um campo é um espaço social definido, com seus agentes e instituições que nele atuam, com seus valores, regras e autonomia própria. Trata-se de um espaço social qualificado, cuja inter-relação entre os seus diferentes protagonistas definirá uma esfera cultural específica – economia, direito, filosofia, literatura, artes, música, etc. – e as ações e reações dos diferentes protagonistas do campo.

⁷⁴ BOURDIEU, *Los usos...*, p. 79-80.

A noção de capital nasce da necessidade de escapar de uma redução do mundo social como um encadeamento ou somatória de equilíbrios instantâneos e mecânicos entre agentes sociais – através de suas ações ou comportamentos –, onde eles estariam jogando um jogo ocupando um papel social de meros elementos intercambiáveis entre si, num mundo concebido como de concorrência perfeita, igualdade de oportunidades perfeita, sem inércia, sem acumulação, e sem transmissão hereditária de posses e caracteres adquiridos, onde cada momento é perfeitamente independente do anterior e vigoraria a idéia de que qualquer um pode alcançar seus objetivos imediatamente, vale dizer, em todo momento qualquer pessoa pode converter-se naquilo que se propõe a ser; num mundo social mecânico de liberdade e igualdade da forma acima descrita, a vida seria como um jogo de azar, onde a cada momento poder-se-ia ter uma surpresa.⁷⁵

Entretanto, verifica-se que o mundo social é uma história cumulada, e dentro de um sentido mais amplo de economia das práticas sociais – economia essa que não se reduz à economia economicista como comumente é conhecido e pensado – há capital circulando por toda sociedade, diferentes tipos de capital, e esse capital é objeto de acumulação histórico-cultural de forma a produzir efeitos específicos no seio da sociedade, bem como nas trocas – intercâmbios – que são feitas diuturnamente entre os diferentes agentes sociais. Esse capital – aqui ainda tratado genericamente – é um trabalho acumulado, um bem, um patrimônio social que existe em forma material – como substância – ou em forma interiorizada ou incorporada – portanto, imaterial, invisível. Quando agentes sociais – indivíduos ou grupos – se apropriam desse capital de maneira privada ou exclusiva, o que estão possibilitando para si, efetivamente, é a apropriação da energia social em forma de trabalho vivo ou de trabalho coisificado, graças ao que encerra o referido capital.⁷⁶

Esse capital acaba atuando de duas formas na sociedade, quais sejam, como força ínsita e como lei – norma – ínsita. Verifica-se, assim, que o capital é uma força inerente às estruturas sociais objetivas – como existem e se apresentam – e subjetivas – como são percebidas –, mas ao mesmo tempo atuam e funcionam como um princípio social fundamental para estabelecer as regularidades internas – pôr o mundo social dentro de uma “normalidade aceitável” – do mundo social. O mundo, assim, não existe e funciona, como não é fruto, de uma incerteza ou um jogo social comparável ao jogo de azar, jogado entre os agentes e grupos de agentes sociais, passível de ser traduzido por um simples olhar das ações e comportamentos – intercâmbios – estáticos entre os diferentes agentes e grupos de agentes, como se um conjunto de retratos tivesse sido tirado deles – num determinado momento – e os referidos retratos pudessem revelar o caminhar do mundo social naquele momento; enfim, o mundo social não é o local onde ingenuamente se compreenderia que o estatuto social a ser alcançado estaria sempre em aberto e presente, à disposição de quem simplesmente desejar possuí-lo. Constata-se que não se ganha um estatuto social em curto espaço de tempo, também não se perde ele de um

⁷⁵ BOURDIEU, Pierre. Poder, derecho y clases sociales. 2. ed. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001, p. 131-2.

⁷⁶ BOURDIEU, Poder, derecho..., p. 131.

momento para outro automaticamente; a acumulação do capital em suas forma objetivada ou incorporada requer tempo. É ínsita do capital sua tendência para a sobrevivência, podendo produzir benefícios – benefícios esses que revelam essa forma particular de sobreviver, convertendo-se ou transformando-se em outra coisa –, mas também reproduzindo-se a si mesmo, inclusive crescendo.⁷⁷

O capital é uma força inscrita na objetividade das coisas, sendo que determina que nem tudo no mundo social seja possível e impossível. Como uma força inscrita objetivamente nas coisas do mundo social, o capital está dotado de uma inércia – portanto com seu peso específico tendendo a manter certas coisas no mundo –, e esta inércia das estruturas do capital acaba guardando relação com o fato de que essas mesmas estruturas se reproduzem geralmente no marco das instituições sociais e disposições dos agentes, que são, por sua vez, produtos das estruturas do capital, portanto, se encontrando adaptados – “naturalmente” – a estas estruturas. A referida inércia também se vê reforçada mediante uma ação calculada, especificamente político-conservadora, qual seja, através de uma política de desmobilização e despolitização social, voltada para manter os agentes dominados numa situação de grupo meramente prático – diferentemente de um estatuto de grupo político –; de tal modo isso é feito, que esses agentes sociais, ao final, apenas entram em contato uns com os outros mediante a condução pré-direcionada das suas disposições, e resultando condenados a atuarem como um agregado de agentes – e não como um corpo unitário – limitando-se a práticas sociais – especialmente políticas – isoladas e conservadoras – que preservam o *status quo* – de cunho sempre idênticas, tais como as decisões eleitorais ou de consumo. Assim, a estrutura de distribuição dos diferentes tipos e subtipos de capital, dada num momento determinado do tempo, corresponde à estrutura imanente do mundo social, vale dizer, corresponde à totalidade de forças que lhe são inerentes, mediante as quais se determina o funcionamento duradouro da realidade social e se decidem as oportunidades de êxito das práticas sociais.⁷⁸

De fato, não é possível ter uma visão completa da estrutura e funcionamento do mundo social, a não ser que seja reintroduzido nele o *conceito de capital em todas as suas manifestações*, não somente na forma reconhecida pela teoria econômica, uma vez que a teoria econômica considera todas as formas de troca social, que não aquelas que ela abarca, como relações não econômicas e desinteressadas. O mundo social, e as práticas que nele se desenvolvem – e o marcam –, necessita de uma *ciência geral da economia das práticas sociais*, onde as trocas mercantis seja considerada apenas um caso particular entre todas as diversas outras formas possíveis de intercâmbio social. Nesse sentido, o capital pode apresentar-se em três formas fundamentais num espaço social, observando-se que a forma concreta em que se manifestará dependerá do campo de

⁷⁷ BOURDIEU, Poder, derecho..., p. 131-2.

⁷⁸ BOURDIEU, Poder, derecho..., p. 132-3 e nota de rodapé n. 1.

aplicação correspondente, assim como o seu maior ou menor custo de transformação, que constituirá uma condição prévia para seu surgimento efetivo no campo específico: (I) o *capital econômico* é aquele que é direta e imediatamente convertível em dinheiro e resulta indicado especialmente para a institucionalização, em forma de direitos de propriedade, em curso na sociedade; (II) o *capital cultural* é aquele que pode converter-se, sob certas circunstâncias, em capital econômico e resulta efetivamente apropriado para a institucionalização, sobretudo em forma de títulos acadêmicos, em curso na sociedade; (III) o *capital social* é um capital de obrigações e relacionamentos sociais e que resulta, igualmente, e sob certas condições, ser convertido em capital econômico, podendo ser institucionalizado na forma de títulos nobiliários. Nesse contexto, o *capital simbólico* é capital – na forma que se encontre manifestado socialmente – na medida em que é representando, vale dizer, simbolicamente apreendido numa relação de conhecimento, mais precisamente, numa relação de simultânea de reconhecimento e desconhecimento, pressupondo a intervenção do *habitus* – capacidade cognitiva socialmente constituída – para sua manifestação.⁷⁹

3. O pensamento de Pierre Bourdieu enquanto epistemologia para aplicar às relações internacionais

As investigações desenvolvidas pelo sociólogo francês permitem refletir sobre o mundo social – e o que se constrói enquanto realidade nesse universo – a partir das práticas históricas e culturais humanas; o mundo social é o que as pessoas fazem. De fato, o ser humano em conjunto, num determinado espaço e submetido à determinação do tempo, constrói realidades ou materialidades culturais e civilizatórias, vale dizer, fazem a vida ou existência individual e social de cada um ser concreta enquanto ganhos, perdas, possibilidades, felicidades, reconhecimentos, abandonos, desmerecimentos etc. a partir daí – fazem a vida acontecer conforme arbitrariamente se impôs. Um *habitus* resulta dessa convivência e produz e reproduz, sempre se renovando e sempre mantendo, o mundo social e suas práticas cotidianas em diversas esferas de sua existência; *habitus* é intrínseco à existência coletiva humana, assim como a ideologia. No fundo, sempre permanece a pessoa humana como fonte do que sucede socialmente, no plano interno de uma sociedade nacional ou no plano externo de diferentes sociedades nacionais; em realidade, este último, um mesmo plano da existência coletiva humana, vista de ângulo ou vista diferente.

3.1. Reflexões sobre o pensamento de Pierre Bourdieu

É preciso destacar vários aspectos elencados acerca do pensamento e estudos feitos por Pierre Bourdieu, e que atuam como um guia para se pensar a ação científica na busca da interpretação do mundo da natureza social do ser humano, vale dizer,

⁷⁹ BOURDIEU, Poder, derecho..., p. 133-6 e nota de rodapé n. 4.

para o caso específico deste trabalho, refletir cientificamente sobre a busca de verdades que traduzam o que sucede em diversas dimensões sociais, enfim, explicar até que ponto há condicionamentos produzidos por esse próprio ambiente social sobre o que ele produz individual e mesmo coletivamente e socialmente.

Em primeiro lugar, surge a necessidade de compreender como Bourdieu constrói o mundo social, vale dizer, seus diferentes campos, suas lutas, os poderes ou capitais que aí se estabelecem e as classes que aí se posicionam, enfim, o jogo social das distinções sociais, revelando nesse conjunto de atos e procedimentos científicos, também a sua maneira distinta de enxergar a composição do mundo social, a forma como ele teoricamente o constrói e de que forma ele contesta e complementa a visão de outros autores importantes das ciências sociais que se debruçaram sobre os mesmos ou diferentes objetos.

Desta forma, percebe-se que suas descobertas propõem modos controlados e constantes de agir e de pensar e que constituem um método para a busca da representação realista da ação humana, enfim, uma explicação teórica – racionalização – que explica fundadamente as diferentes ações e comportamentos humanos do ponto de vista de ingerências socialmente pertinentes, transformando um conjunto complexo de dados sociais – ações, omissões, atitudes, disposições etc. – em esclarecimentos coerentes e razoáveis conforme suas pesquisas e reflexões constroem; tudo isso, para o pensador, é condição primeira para um conhecimento científico do mundo social em suas várias dimensões. Para ele a análise sociológica passa a ser um dos instrumentos poderosos para conhecimento de alguém próprio, como um ser social e, desta forma, como um ser singular, pois ela acaba por oferecer alguns dos meios mais eficazes de acesso à liberdade que o conhecimento dos determinismos sociais permite conquistar contra esses mesmos determinismos, conforme assinalou.

Ter consciência dessa realidade objetiva e fenomênica não altera nada por si, mas principiam reflexões sobre as armas ou instrumentos passíveis de uso para conservações e transformações necessárias nesse espaço, compreendendo-se as imbricações entre a estrutura objetiva – o que o social construiu como determinante e que influi concretamente nas opções de comportamento dos agentes – e as construções subjetivas – aquilo que o agente possui dentro de si como consciência do social e sua posição dentre dele – nesse processo. E nessa busca da interpretação correta do social, é preciso não olvidar que a ação intelectual que o cientista faz incidir sobre o seu objeto de estudo é justamente isso, uma construção teórica que pretende traduzir uma verdade que não se tem certeza absoluta de que cumpre tal papel; desta forma, não se deve descartar a sua falibilidade ou probabilidade do falso que pode conter, fato que somente o futuro e os problemas no uso da fórmula proposta podem levantar. Assim, é preciso deixar claro as opções teóricas interpretativas em seus diversos níveis, que foram utilizadas para a construção de uma interpretação do social, estão sempre conforme a ciência do ser humano permite, no estágio atual de seu desenvolvimento.

A construção do sentido de vida e de mundo que se vive, é um processo simbólico de educação que todas as pessoas se inserem inexoravelmente dentro de um espaço social. Aqueles que se omitem, aqueles que agem com certa consciência,

aqueles que em tudo se envolvem, aqueles que pouco se envolvem, enfim, quem participa e não participa nos eventos cotidiano – em diversas dimensões – para deixar uma marca participativa e valorativa do que fundamentalmente entende ser certo ou errado ser feito, todos estão atuando para marcar indelevelmente a qualidade de relações e de construção de sentido de mundos social em que todos se inserem. Trata-se de um processo subjetivo que esconde muito da verdade acerca da realidade concreta que está sendo construída, mas que está inscrita – esse conjunto de subjetividade – na realidade objetiva que historicamente, paulatinamente vem sendo construída e revelada em toda sua verdade nos constrangimentos e facilidades a que todos estão submetidos para poderem fazer algo que se constitua um avanço qualitativo em sua condição social de vida, especialmente no aspecto sócio-econômico.

Mas é preciso ter em mente algo muito importante, qual seja, quando está a se revelar – e se sustentar – que o ato de percepção do mundo social é um ato necessariamente implicado diretamente com uma ação do agente social para construir esse mundo social, isso não quer dizer imediata e diretamente que se deva aceitar previamente a existência de toda uma construção racional e intelectual de uma teoria do conhecimento, por parte do agente social, nesse comportamento específico. Verifica-se que o que é essencial, e está sempre a operar na prática diuturna em todos os agentes sociais, é algo que se encontra aquém do nível de representação explícita e da cabal expressão verbal, mas que atua concretamente e presentemente em todos os momentos que faz a experiência concreta do mundo social do agente, e no trabalho de construção que ele comporta.

Mais do que uma “consciência de classe” no sentido marxista, parece que o que aproxima os agentes sociais de uma dada região próxima ou vizinha do espaço social é em realidade um “inconsciente de classe”, que os fazem agir e se comportar dentro de certos padrões probabilísticos ou assemelhados. O sentido que cada agente possui sobre o lugar de cada um no espaço social, esse sentido da posição ocupada no espaço social, é do próprio domínio prático da estrutura social no seu conjunto, e que envolve todos os agentes, e que, também, somente se descobre na prática, vale dizer, ao ocupar uma posição na estrutura social, e através dessa posição, o agente acaba por verificar o sentido prático da posição ocupada nessa estrutura social, e se conduzir conforme o sentido prático dessa posição ocupada conforme a probabilidade de um destino.

Deste modo, o espaço social pode ser construído como uma estrutura de probabilidades voltada para unir ou separar indivíduos, uma estrutura de afinidades ou aversão – oposição – entre os diferentes agentes sociais. E nesse processo de objetivação/subjetivação, desconhecimento/reconhecimento, atua sempre presente o desejo humano individual e coletivo de fazer acontecer o mundo social, de acordo com o que apreende pragmaticamente no próprio ato de agir, obtendo resultados e manifestações que somente a experiência, e a posterior racionalização da experiência, podem lhe indicar em todas as suas conseqüências de verdades sociais, mas que, em vida, nem um indivíduo, nem mesmo um grupo de indivíduos, pode apreender ou assimilar completamente, legando para as gerações futuras o patrimônio de energia social que ele acumulou e manipulou durante sua existência.

O que ele transfere são todas as regras de um jogo social cujas próprias regras estão em jogo pelos diversos protagonistas, conscientes – até certo ponto – e inconscientemente, e participar desse jogo é inevitável, uma vez que pelo só fato de alguém nascer, ele já faz parte do jogo social em curso. Participar desse complexo jogo social de imposições da visão e divisão legítima de mundo social, implica inevitavelmente em ter um sentido de posição e espaço de ação ou decisão dentro do grupo social a qual se insere. Esse sentido prático do mundo é dado pela função do *habitus* enquanto um conjunto provável de disposições, atitudes, comportamentos, que faz obter as vantagens da sobrevivência mais eficaz para cada pessoa e grupo social em dinâmica luta, através das relações ou inter-relações próximas ou distantes que estabelecem entre si.

Para compreender o *habitus*, naquilo que ele pode ajudar o cientista social a desvelar verdades sobre o mundo social, e que ajudou a Pierre Bourdieu compreender melhor as determinações que guiam as disposições dos diferentes agentes, inseridos em campos sociais diversos e que aparentemente não se relacionariam entre si, o estudo que ele fez sobre textos de Erwin Panofsky é exemplar para estudo do *habitus*, enfim, sua presença inscrita nos corpos e mente das pessoas e os efeitos que produz, como um destino inscrito numa probabilidade objetivamente extraída da realidade social em que o agente se encontra emergido. Além disso, esse estudo que Bourdieu fez, e que o levou a considerar seriamente as disposições humanas marcadas pelo *habitus*, especialmente as suas determinações quanto ao sentido prático de mundo que ele encerra, é também uma lição sobre o proceder – o fazer ciência – na pesquisa social, revelando – frente a uma tradição consagrada do modo de se fazer ciência – o quanto está aberto o campo da pesquisa científica para novas abordagens ou metodologias, reveladoras sobre uma verdade que se encontra à espera para ser revelada, através de uma atitude mais ousada do investigador.

Essas disposições humanas, as inclinações “naturais” a que o ser humano se conduz, e que estão incorporados em forma de *habitus* em seu corpo, não nascem do nada, elas são construídas culturalmente, dentro de um longo e contínuo processo de inculcação a que aos agentes estão submetidos por viver em sociedade. Tais disposições, revelando probabilidades de condutas, não podem ser consideradas inexoráveis, no sentido de que seriam programações mecânicas que os agentes reproduziriam indefinidamente, uma vez que o ser humano é submetido continuamente a processos de inculcações novos, pelas próprias lutas – disputas sobre o princípio de visão e divisão do mundo social – que ele se envolve e que colocam sempre em questão os princípios de visão e divisão de mundo que tais disposições encerram em si. Para explicar como se dá esse processo de naturalização de pensamentos e comportamentos que marcam as pessoas, talvez o estudo de Pierre Bourdieu, junto com outros autores, acerca da violência simbólica, contribua para refletir melhor as disposições que encerram cada pessoa no mundo social.

A violência simbólica, tratada aqui – arbitrariamente para os fins deste trabalho – como princípio de inculcação de um arbitrário cultural, que dá origem aos *habitus* dos diferentes agentes sociais e grupos de agentes localizados em diferentes posições na estrutura social, é preciso assinalar que como todo processo de violência, está sujeito a um poder que faz aquele realizar-se e cumprir seu destino social. O poder simbólico é correlato à violência simbólica, existindo em todas as lutas sociais, em todos os momentos onde um processo pedagógico

está em curso no mundo social. Para Bourdieu, num dado estado de um campo, onde se vê o poder por toda parte e que torna necessário reconhecê-lo sem dissolvê-lo numa idéia de que ele estaria em toda parte e lugar algum, é necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, *onde ele é mais completamente ignorado*, portanto, *reconhecido*: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem.

A teoria dos campos sociais de Pierre Bourdieu, vem completar esse método epistemológico de construir verdades sobre o funcionamento do mundo social. Assim, aspecto importante a ser destacado, é a aplicação dos saberes acima em diferentes espaços sociais que podem ser constituídos como um campo, a fim de desvelar verdades sociais ali presentes e que necessitam ser ditas para próprio conhecimento dos agentes que atuam nele e, assim, conhecerem melhor o que constitui suas práticas. Desta forma, no estudo do campo jurídico, o conjunto de saberes acima expostos revela o funcionamento de uma realidade social, fundamental para produzir um trabalho de dominação simbólica entre agentes que são ao mesmo tempo concorrentes e cúmplices nesta atividade. O direito, assim, é forma por excelência do poder simbólico de nomeação que acaba criando as coisas por ele nomeadas onde, ao mesmo tempo e que faz o mundo social, pelo mundo social também ele é feito.

Nesse sentido, constata-se que o sentimento de injustiça ou a capacidade de perceber certa experiência com injusta não é universal, mas depende da posição que a pessoa ocupa no espaço social. O sentimento de injustiça que faz uma pessoa buscar os serviços jurídicos como uma necessidade não é natural, é cultural, é construído, vale dizer, é fruto de um trabalho de construção social que é efetuado pelos profissionais que atuam no campo. O que ocorre é que os profissionais revelam ao mundo social os direitos e estimulam o sentimento de se ter direitos, criando, desta forma, a “descoberta” da sensibilidade e das experiências nominadas como injustas. Nesse sentido eles têm a capacidade de manipular as expectativas de direito, ora criando, ora aumentando ou ora diminuindo a mesma, conforme o caso. Os profissionais da área, assim, acabam produzindo a necessidade de seus próprios serviços, ao traduzirem questões sociais em problemas jurídicos com as probabilidades de êxito conforme cada estratégia possível de ser adotada, e fazem isso guiados pelos seus interesses econômicos, suas atitudes éticas e políticas e seus interesses mais específicos, quais sejam, as suas relações objetivas travadas com os outros especialistas.

Por fim, nessa breve análise, pode-se asseverar que tudo que o ser humano é ou tem sido, coloca-o também como responsável direto e indireto do seu próprio destino, destino esse que é moldado de forma muito especial pelo social. Uma abordagem teórica – e também ações pragmáticas – não pode deixar de considerar a pessoa humana individual e coletiva que nela deve estar inserida, sob pena de desfalar o elemento fundamental das análises e conclusões – ou resultados –, elemento esse que faz e desfaz o mundo social continuamente, recebendo também todas as injunções que compõe esse mundo. Nada do que se faz neste Planeta está dissociado do indivíduo, e é necessário compreender tudo que esse indivíduo faz para tornar o mundo como ele tem sido.

A importância da obra de Pierre Bourdieu é que ele justamente realiza a inserção dessa pessoa humana na realidade cotidiana em diversas dimensões sociais como ele pesquisou, e explicar de que forma, inserida numa estrutura social objetiva, essa pessoa, com sua projeção subjetiva da vida e de suas possibilidades práticas frente a ela, contribui para formar a visão do mundo social e mesmo para formar esse mundo, ao mesmo tempo em que é influenciado por esse mundo. Portanto, a sociologia de Bourdieu procura explicar tudo que o social influi no ser humano – sem dissociar o ser humano desse mundo –, tentando muito mais do que invadir espaços científicos e de análises já estabelecidos e/ou consagrados – direto, lingüística, marxismo, filosofia, etnografia etc. –, mas revelar tudo que o social reflete e condiciona – determina –, de forma concordante ou discordante – portanto, fazendo avançar o conhecimento científico – frente aos saberes até então consagrados e estabelecidos nessas diversas áreas do conhecimento.

Trata-se de uma complementaridade capital para avançar a ciência social e humana, na busca de verdades cada vez mais corretas ou próximas do que é que constitui como verdade da própria existência humana, particularmente o que o ser humano tem feito e como tem feito. Mas não apenas isso, não há dúvida que a sociologia, com o trabalho de Pierre Bourdieu, ficou mais avançada como ciência rigorosa – mas observando-se a importância que tiveram e ainda têm os autores do passado – e, desta forma, resgatando ou recuperando seus espaços necessários como campo próprio de sua análise, presentes em diversas dimensões das manifestações humanas, naquilo que o coletivo marca e influi determinadamente nas diversas ações e comportamentos praticados pelo indivíduo.

É preciso sempre levar em consideração essa dupla verdade objetiva e subjetiva presente no mundo social e atuante simultaneamente para produzir o que o social revela; e depois da obra de Bourdieu, torna-se cada vez mais difícil recusar essa presença fundamental do indivíduo construindo o que o social – em sua mais ampla dimensão – tem sido. Aquilo que é estrutural e aparentemente determinantes de uma vez por todas, tem sua razão de ser na construção histórica e cultural que a própria sociedade, em suas diversas lutas – ações e omissões – estabeleceu para si, sociedade essa constituída pelos milhares ou milhões de indivíduos – passados e presentes – que concorreram e concorrem, cada qual com sua parte, para produzir e reproduzir o que revela suas história e formação social, vale dizer, um capital sociologicamente pertinente e acumulado, objeto de lutas, e que nessa luta revela-se o mundo social dali resultante.

Em sociedades solidamente estratificadas – em classes sociais e com um sistema econômico capitalista desenvolvido –, torna-se muito difícil – mas não impossível – modificar essa realidade, processo esse que, com toda probabilidade, será lento em sua alteração histórica, como o próprio Bourdieu afirmou numa passagem. Entretanto, o mesmo não se pode afirmar em casos de sociedades pouco estratificadas, uma vez que nelas tudo ainda está por se edificar solidamente e, portanto, parece revelar que a margem de alterações substanciais da realidade se encontra mais aberta, uma vez que as instituições, as estruturas sociais objetivas e as apreensões subjetivas dos indivíduos estão em processo de transição de uma estrutura social para outra.

Ademais, é forçoso admitir que a ideologia – como visão de mundo de cada um e que produz efeitos concretos ou efetivos no meio social – é melhor explicitada pela teoria que Bourdieu elaborou, para explicar com novo rigor muitas das coisas que sucedem no mundo social, sob o viés do que é que o social influencia para que elas – coisas – sejam assim, no plano mesmo das decisões aparentemente mais individuais em suas escolhas. As inclinações ideológicas, com a teoria de Bourdieu, tornam-se mais reais ou concretas; as diferenças socialmente cultivadas marcam as pessoas e sua posição no espaço social, de tal forma que, dentro de um processo histórico de acumulação de diferentes capitais sociologicamente pertinentes e acumulados, traspassando o mundo social, um agente irá se conduzir conforme todas as probabilidades determinantes que o sentido prático – que condensa toda sua percepção do mundo e sua posição na luta nele desenvolvida – de sua posição lhe determinar.

O que faz a pessoa ver o sentir o mundo como ele vê e sente? Como respostas, têm-se os princípios de visão e divisão de mundo, que não só constroem o mundo como ele é, mas refletem a posição de cada um dos seres humanos na sua distribuição dentro de um espaço social, de acordo com um capital – econômico, cultural, social etc. – acumulado e que determinam a visão de cada um nesse mundo, sua posição e dos outros nesse espaço, e as características de determinadas “naturezas” sedimentadas – um algo, uma característica que acompanharia a figura mesma da pessoa – que, desta forma “naturalizada”, estão sempre presentes no mundo social estruturalmente, bem como nas apreensões de visão e divisão de mundo que os diferentes agentes contribuem para formar, assim, este mundo, e receberem seus influxos.

A ideologia como falsa representação, até mesmo como um elemento formativo e essencial – intrínseco – da própria personalidade de uma pessoa,⁸⁰ tem, no seu elemento social, um forte componente que explica o por quê das pessoas serem o que são e agirem como agem, fazendo as opções individuais e sociais que fazem. Nascer no mundo é imediatamente receber um capital sociologicamente pertinente como herança, e inserir-se numa luta histórica a qual a pessoa não tem como e não pode furta-se, pois o simples ato de nascer é já nascer posicionado num ponto de vista desse mundo – a partir da família e sua posição social –, com todas as predisposições prováveis e determinantes que essa localização lhe determina. A partir daí, especialmente seus capitais econômico, cultural e social irão ditar sua trajetória social pelos diversos campos sociais, a formação de seu sentido prático no mundo e,

⁸⁰ ZIZEK, Slavoj. Um mapa da ideologia. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996. 338 p. Sobre a temática ideologia, vide também: WOLKMER, Antonio Carlos. Ideologia, estado e direito. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 230 p.; CHAUI, Marilena. O que é ideologia. 39. ed. São Paulo: Brasiliense, 1996. 128 p.; KONDER, Leandro. A questão da ideologia. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. 280 p.; EAGLETON, Terry. Ideologia. São Paulo: Unesp: Boitempo, 1997. 206 p.; LÖWY, Michael. Ideologias e ciências social: elementos para uma análise marxista. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2000. 112 p.; IGLÉSIAS, Francisco. História e ideologia. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1981. 304 p.; RICOEUR, Paul. Ideologia e utopia. Lisboa: Edições 70, 1991. 528 p.; HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência como “ideologia”. Lisboa: Edições 70, 1993. 150 p.; LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. 17. ed. São Paulo: Brasiliense, 2001. 96 p.; LÖWY, Michael. As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen: marxismo e positivismo na sociologia do conhecimento. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1998. 224 p.

portanto, reforçando suas disposições – *habitus* – que, como uma alta probabilidade de se realizar – e outorgar ao agente todos os ganhos materiais e simbólicos sociais esperados –, governarão suas ações e comportamentos individual e social, de acordo com o que a posição social e trajetória social acabam probabilisticamente impondo e se realizando com um destino.

Aí está algo importante saber, vale dizer, o que nós temos sido e porque assim tem sido, pois é o desconhecimento desses mecanismos sociais que tem produzido o mundo historicamente concreto e real, em seus diversos quadrantes, e deste desconhecimento acaba resultando em aceitação natural – *doxa* – de muitas coisas – especialmente idéias-guias fundamentais – que não têm a correspondência que se deseja dar a elas, a não ser a arbitrariedade de sua origem e sua reprodução, enfim, é desta inconsciência ou desconhecimento do que faz a matéria e substância concreta e real das coisas sociais, é que emerge a força duplicada da legitimação e reconhecimento do próprio mundo como algo que é, tem sido, e será assim mesmo, naturalizando a aceitação, com todas as alegrias e dores aí relacionados, do que é antes de tudo culturalmente e historicamente construído pelas próprias pessoas, de geração em geração, ao longo do tempo. O mundo social é um espaço de negociação, onde por decreto – ou num lance audacioso – nada nele muda, conforme esse decreto deseja realizar-se. O sentido prático – *habitus*, disposições ou predisposições – é forte demais, concreto demais para aceder cegamente a um ato total – isso é contra sua lógica –, pois somente o tempo ditará o resultado das lutas que é possível alcançar, observando-se que o capital sociologicamente pertinente é demorado em sua aquisição, e também em sua perda.

Fundamental também é Bourdieu revelar claramente que cada história e cada cultura – enfim, cada povo – engendra seu próprio mundo social, não estando nada revelado de antemão como verdade que governa cada sociedade e o que pode ser realizado nela – especialmente a partir de uma “boa idéia” que, aplicada, produzirá “naturalmente” todas as “boas conseqüências” que dela é “naturalmente” esperada, realizando-se “inevitavelmente” como um destino inescapável –, pois se tudo é fruto de uma história e cultural singular, o espaço social é único para cada povo, cada região, cada localidade etc., enfim, o cientista deverá ter a necessidade de revelar e delimitar esse espaços em suas pesquisas, para trazer as verdades que são pertinentes à cada singularidade social estudada, e explicar porque é que fez como pertinentes as escolhas feitas. Cada mundo social é um mundo social particular e deve ser investigado, construído e entendido pertinentemente, a fim de produzir as verdades que ajudem a enxergar e explicar esse mundo, como condição primeira de se pensar rigorosamente os seus problemas e as suas possibilidades.⁸¹

⁸¹ Além das obras já utilizadas e citadas neste trabalho, para compreender melhor o pensamento de Pierre Bourdieu é importante ler as seguintes obras: BOURDIEU, Pierre (Coord.). *A miséria do mundo*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1998. 750 p.; BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. *Los herederos: los estudiantes y la cultura*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2003. 190 p.; BOURDIEU, Pierre. *El sentido práctico*. Madrid: Taurus, 1991. 456 p.; BOURDIEU, Pierre. *As regras da arte*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. 432 p.; BOURDIEU, Pierre; DARBEL, Alain. *O amor pela arte: os museus de arte na Europa e seu público*. São Paulo: Edusp; Zouk, 2003. 244 p.; BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999. 160 p.; BOURDIEU, Pierre. *El oficio de científico: ciencia de la ciencia y reflexividad*. Barcelona: Anagrama, 2003. 214 p.; BOURDIEU, Pierre. *Meditações pascalinas*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001. 322 p.; BOURDIEU, Pierre. *A ontologia política de Martin Heidegger*. Campinas: Papirus, 1989. 132 p.; BOURDIEU, Pierre. *As estruturas sociais da economia*. Lisboa: Piaget, 2001. 288

3.2. Possibilidade de aplicação epistemológica do pensamento de Pierre Bourdieu na integração internacional

Com os saberes acima expostos, parte-se, em seguida, para uma outra parte importante deste trabalho, qual seja, é possível, a partir dos ensinamentos de Pierre Bourdieu, construir uma explicação plausível sobre o que sucede – rumos de avanços e retrocessos – numa integração econômica regional entre Estados específica, no caso, o Mercosul?

Agora, trata-se de verificar a possibilidade de uso epistemológico do pensador francês, desta vez votado para dar continuidade ao deciframento ou interpretação de uma realidade histórico-cultural-social específica, que é acerca da América Latina, vale dizer, a América Espanhola e a América Portuguesa. Um estudo como esse, entende-se que será importante para compreender melhor o que sucede no processo de integração do Cone Sul, uma vez que é pressuposto hipotético o fato de que o Mercosul segue e tem seguido a sorte que é e tem sido traçada histórico-cultural-socialmente entre os povos das duas Américas, mais precisamente, daqueles agentes sociais que mais especificamente estão imbuídos na missão para concretizar uma integração que, se bem sucedida, será um marco histórico fundamental do desenvolvimento ou evolução dessas sociedades e cultura envolvidas, enfim, das próprias civilizações sendo edificadas na América Latina.

Ressalta-se que Pierre Bourdieu, a partir desse momento, é abandonado enquanto produtor de categorias ou conceitos operacionais teóricos que seriam imediatamente aplicados para reproduzir as conclusões mais gerais que seus estudos revelaram – especialmente para o caso europeu –, e, assim, eventualmente ser verificado como se reproduz – e até que ponto – as mesmas verdades européias dentro das sociedades latino-americanas. Diferentemente, Bourdieu é adotado do ponto de vista epistemológico, vale dizer, é um pensamento de ação científica voltado para efetivar um estudo, dentro dos limites objetivos que está circunscrito inexoravelmente um trabalho e a academia brasileira

p.; NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). Pierre Bourdieu/Escritos de educação. Petrópolis: Vozes, 1998. 256 p.; BOURDIEU, Pierre; HAACKE, Hans. Livre-troca: diálogo entre ciência e arte. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995. 136 p.; BOURDIEU, Pierre *et alii*. Liber 1. São Paulo: Edusp, 1997. 324 p.; BOURDIEU, Pierre. Intelectuales, política y poder. Buenos Aires: Eudeba, 2003. 272p.; BOURDIEU, Pierre. Creencia artística y bienes simbólicos: elementos para una sociología de la cultura. Córdoba y Buenos Aires: Aurelia Rivera, 2003. 278 p.; BOURDIEU, Pierre. Cuestiones de sociología. Madrid: Istmo, 2003. 272 p.; BOURDIEU, Pierre; TEUBENER, Gunther. La fuerza del derecho. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre: Uniandes: Instituto Pensar, 2000. 222 p.; BOURDIEU, Pierre. Lições da aula. 2. ed. São Paulo: Ática, 1994. 64 p.; BOURDIEU, Pierre. El sociólogo y las transformaciones recientes de la economía en la sociedad. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2000. 78 p.; BOURDIEU, Pierre. Sobre a televisão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. 144 p.; BOURDIEU, Pierre. Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. 152 p.; BOURDIEU, Pierre. Contrafogos 2: por um movimento social europeu. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. 116 p.; BOURDIEU, Pierre. Pensamiento y acción. 2. ed. Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2002. 158 p.; LINS, Daniel (org.). A dominação masculina revisitada. Campinas: Papirus, 1998. 128 p.; LINS, Daniel (org.). Cultura e subjetividade: saberes nômades. 3. ed. Campinas: Papirus, 2002. 120p.; LINS, Daniel (org.). O campo econômico: a dimensão simbólica da dominação / Pierre Bourdieu. Campinas: Papirus, 2000. 120 p.; CHARTIER, Roger (org.). Práticas de leitura. 2. ed. rev. São Paulo: Estação Liberdade, 2001. 268 p.; PINTO, Louis. Pierre Bourdieu e a teoria do mundo social. Rio de Janeiro: FGV, 2000. 192 p.; ORTIZ, Renato (org.). A sociologia de Pierre Bourdieu. São Paulo: Olho d'Água, 2003. 172 p.; WACQUANT, Loïc (org.). O mistério do ministério: Pierre Bourdieu e a política democrática. Rio de Janeiro: Revan, 2005. 232 p.

com um todo, a fim de que possa ser levantado o máximo possível de elementos simbólicos determinantes e que estariam a se realizar concretamente no processo de integração internacional em curso. Assim, isso significa que não se buscará enquadrar uma realidade sócio-histórico-cultural – como a latino-americana – em rijos esquemas teóricos finais ou conclusivos, conforme levantado por Bourdieu em toda sua vida de pesquisador, pois parte-se também do pressuposto – epistemológico – de que nada do que ele escreveu para o caso francês – e outros – é válido, por ilação direta, ao caso específico dos países membros do Mercosul, uma vez que, se verdades sociais há aqui, ele deverão ser extraídos de si próprios – da própria realidade social aqui edificada –, conforme sua formação social e evolução, daí emergindo até onde – estruturalmente – se aproxima do caso francês etc.

Ademais, é preciso ressaltar o seguinte: considerando que, tudo indica, o mundo social – e aqui inserimos o ambiente internacional – é feito pelos indivíduos e grupos de indivíduos, e, desse ambiente, eles recebem o influxo de influências que irão desvelar as verdades objetiva nele presente e as apreensões subjetivas nele em curso, e que, assim, contribuem para a reprodução da objetividade/subjetividade desse espaço social, a pesquisa e análise que será feita – apoiando-se epistemologicamente especialmente em Bourdieu, mas na mesma medida junto com outros autores que são trabalhados também teoricamente de forma epistemológica – é diferente daquelas elaboradas por Pierre Bourdieu.

De fato, a investigação recairá sobre um espectro mais amplo de ilações simbólicas temporais e espaciais, entretanto, válidos, uma vez que a racionalidade, campo, capital, *habitus*, ideologia etc. – tudo referido ao contexto específico latino-americano, portanto, fugindo de um modelo europeu como já consagrado e tradicional, e que seria de antemão medida universal para todos os demais povos – estão presentes diacronicamente e sincronicamente nesse espaço social, produzindo seus efeitos temporais, espaciais e humanos, portanto, determinando – numa medida em que tenta-se desvelar – as injunções ou determinismos que submetem o cotidiano e a evolução dos povos envolvidos na formação do Mercosul.

A reflexão acima remete ao retorno do problema da ciência, vale dizer, o que é legítimo ou não se feito como trabalho científico, na medida em que esse trabalho pode fugir aos padrões tradicionais, portanto consagrados, de se fazer ciência, alcançando verdades que podem contradizer alguns aspectos de entendimentos já estabelecidos, conforme consagrados por uma ou outra corrente científica de análise, no caso, do mundo social. Afinal, é legítimo dogmatizar de uma vez por todas um único tipo e pensamento do que pode ser considerado como a correta conduta científica – e seus resultados –, portanto, de uso de metodologia, de sistema de prova etc.?

Assim, o que Pierre Bourdieu irá influenciar marcadamente, do ponto de vista epistemológico na pesquisa, é em torno fundamentalmente do seguinte:

(I) o mundo social é formado por pessoas e grupos de pessoas, portanto, as instituições podem ser reconduzidas ao que essas gentes fazem;

(II) as significações sociais pertinentes que se dão nesse espaço social são estabelecidas através das relações ou inter-relações concretas que marcam a existência

das pessoas e grupos de pessoas – o que eles fazem ou deixam de fazer, especialmente porque agem de específica forma –;

(III) as condutas humanas e sociais são marcadas por pré-disposições sociais determinantes – *habitus* –, cujo conteúdo é histórico-cultural e, portanto, deve ser revelado através de um trabalho científico empírico, conforme condições sociais de dado contexto histórico-social-cultural (um caso dos muitos possíveis, mas real e concreto);

(IV) o conhecimento da história da formação social, com sua trajetória de favorecimentos ou vicissitudes, bem como as suas opções sociais, é importante e reveladora para interpretação de uma dada formação social – de tudo que socialmente esteve em jogo como resultado das relações sociais em disputa –, junto com pesquisas de campo que afirmam presentemente, de que forma o passado e o futuro estão negociando no presente, reproduzindo disposições históricas, ou suplantando em favor de outras novas pré-disposições.⁸²

Assim, as relações internacionais e o direito internacional dela decorrente sofrem influxo, vale dizer, são determinadas pelo conjunto de fatores culturais ou civilizatórios que estão inseridos cada povo nesse processo de contato e aproximação que contém toda carga de interesses dos seus protagonistas. Sucede que se os interesses são conjunturais e históricos, eles também são determinados por um longo percurso temporal que, forçados pelo passado, alcançam o presente condicionando as expectativas e ações integrativas passíveis de serem efetuadas em cada época, e preparando as possibilidades futuras de inter-relacionamento recíproco e interdependência de sociedades diferentes no espaço internacional.

Relações internacionais e direito internacional, vistos, assim, como fruto de opções civilizatórias arbitrárias,⁸³ se imbricam forçosamente com a filosofia, política, economia, sociologia, antropologia, psicologia e história, por exemplo. Cada povo é uma singularidade formada pelo conjunto civilizatório ou cultural próprio, produto de forças e lutas

⁸² O ser humano vê, ouve, sente, pensa e fala sobre as coisas que percebe, e, nesse processo, acaba por fixar uma nomeação das coisas, extraindo verdades – compreensões, entendimentos, explicações, traduções, desvelamentos – dessas nomeações e renomeações das coisas por ele nomeadas. Talvez fosse uma questão saber se as verdades que extrai, tendo por base os nomes das coisas, não foram, de certa forma, previamente fixadas pelo ato próprio de nomeação – e tudo que nele está racionalmente em jogo, de forma consciente e inconsciente –, colocando sempre em questão por que isso é isso e por que as coisas são o que são, e mesmo o que é a verdade das coisas. No mundo social, a comunicação – em seus diversos meios de manifestação –, bem como os tipos específicos de racionalidades subjacentes a ela, revelam serem as vias fundamentais de interação humana e das significações sociais – construção de mundo. Sobre a importância da comunicação no mundo social, e seus efeitos sistêmicos, vide: MCLUHAN, Marshall. Os meios de comunicação como extensões do homem. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1979.; LUHMANN, Niklas; e DE GEORGI, Raffaele. Teoría de la sociedad. México: Universidad de Guadalajara; Universidad Iberoamericana; Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.; LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade (Das Recht der Gesellschaft). Mimeo. Tradução provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrate.; BUCKLEY, Walter. A sociologia e a moderna teoria dos sistemas. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1976. 308 p.; WIENER, Norbert. Cibernetica e sociedade: o uso humano dos seres humanos. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 1978. 192 p.

⁸³ Afirmar a arbitrariedade de ações e comportamentos humanos é reconhecer que muito das suas opções são escolhas ideológicas – ideologia visto aqui num sentido amplo, como um conjunto de visão de mundo que todas as pessoas são forçosamente ou inevitavelmente dotadas, a fim de existirem posicionadas (com pensamentos e formas práticas de ações, atitudes e respostas) num espaço social com as suas infinitas possibilidades de demandas provenientes do inter-relacionamento entre gentes – e que, portanto, se formam como uma entre diversas outras opções possíveis, mas cujo meio social praticamente acaba impondo e

internas – e respectivas influências externas – para definição dos legítimos rumos da respectiva sociedade, sendo que o resultado dessas lutas acaba retornando – realimentando – sobre os comportamentos e atitudes das pessoas nas diversas esferas de atuação social, desde a família até o Estado, passando pelas diferentes instituições privadas e públicas erigidas no corpo social, inclusive as instituições de ordem ético-moral, que permeiam a existência e sobrevivência das gentes.

Diante disso, todas as consequências positivas ou negativas, que tais processos integrativos – com seus respectivos arcabouços jurídicos – proporcionam, estão também vinculados a esse conjunto cultural ou civilizacional que marca a integração, favorecendo-a ou desfavorecendo-a, direcionando seus ganhos para o conjunto total da sociedade ou apenas uma parcela reduzida dela, observando que o favorecimento ou desfavorecimento da integração também pode significar a sonegação de maior bem-estar social para uma ampla parcela das populações envolvidas, especialmente as mais humildes e pobres, bastando que os agentes envolvidos no processo não abram mão dos sacrifícios necessários – especialmente das elites – em prol de toda sociedade ou manipulem o processo apenas para favorecer alguns poucos atores sociais em cada sociedade envolvida.

Conclusão

A sociologia de Pierre Bourdieu conseguiu retraduzir o meio social de forma profícua, explicando, dentro de um viés diferenciado, as práticas de diferentes agentes sociais, referindo-os ao coletivo humano em ação em diferentes esferas de atuação social, mas também ao tempo – história –, ao espaço – cultura e civilização que nele se edifica – e ao *habitus* – padrões (estatutos) de comportamento que se consagram especialmente de forma inconsciente – que emerge dessa realidade. Mas falar em *habitus* implica em inter-relacioná-los imediatamente com capital social, campo social, classe social, violência simbólica, entre outros, pois tudo se inter-relaciona ao mesmo tempo para explicar o mundo social.

Fundamentalmente, Bourdieu revelou o ser humano, enfim, a pessoa humana concreta em inter-relação social e qual foi o resultado concreto decorrente desse encontro indivíduo-sociedade, estabelecendo – sem dissociar – o indivíduo e sua coletividade – portanto, a coletividade e os indivíduos ao mesmo tempo – como agentes reais e concretos produtores de verdades sociais simbólicas que se materializam na realização do cotidiano diuturno vivenciado pelas pessoas, tais como seus ganhos, investimentos, felicidades, dores, perdas, reconhecimentos etc. no campo da inter-relação social.

naturalizando como uma regra moral natural e normal num longo percurso de tempo no seio da convivência. Essa aleatoriedade na escolha de uma opção moral entre tantas – arbitrário –, também pode converter-se numa outra arbitrariedade, ou seja, o uso da força – física e/ou psíquica, portanto, simbólica em última instância – para impor e manter a normalidade social. Sobre o assunto, especificamente uma atuação da violência simbólica, vide: BOURDIEU, Pierre e PASSERON, Jean Claude. A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino. 3 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.

Do ponto de vista epistemológico, essa centralidade no real e concreto produzido simbolicamente por essas pessoas em ação individual-coletiva é ponto de partida para se pensar uma integração econômica regional, uma vez que, no fundo, não são meras instituições que a promovem – em realidade as instituições envolvidas são também produtos históricos de gentes em coexistência social marcando culturalmente sua existência –, mas pessoas que simbolicamente estão marcadas e que produzem e reproduzem arbitrários culturais que resultam, dentre outros, nos avanços e retrocessos que se podem medir dentro do processo de integração.

Um *habitus* não é um conceito fechado, cuja significação está produzida de uma vez por todas; cada país, civilização, sociedade, cultura, conforme desenvolvimento civilizacional, histórico, cultural, produzirá o conjunto de *habitus* que a marcarão contextualmente ou historicamente. O problema, então, é verificar a possibilidade de identificar no estudo da sociedade esse conjunto unívoco de escolhas de pessoas, de bens, de práticas, que tornaram possível um tipo específico de sociedade – um caso do possível – dentre tantas que o ser humano coletivamente construiu.

Se tudo que o ser humano é ou tem sido coloca-o também como responsável direto e indireto do seu próprio destino, destino esse que é moldado de forma muito especial pelo social, então, como já asseverado, o Mercosul segue e tem seguido a sorte que é e tem sido traçada histórico-cultural-socialmente entre os povos das duas Américas, mais precisamente, daqueles agentes sociais que mais especificamente estão imbuídos na missão para concretizar uma integração. E para isso é preciso decifrar ou interpretar, no caso concreto do Mercosul, uma realidade histórico-cultural-social específica, que é a América Latina, vale dizer, a América Espanhola e a América Portuguesa, a partir das ações, omissões e práticas de suas gentes, em especial, suas elites.

LES RAPPORTS ENTRE LES FACULTÉS DE DROIT DE L'UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL ET DE L'UNIVERSITÉ ROBERT SCHUMAN DE STRASBOURG: UN EXEMPLE DE COLLABORATION FRUCTUEUSE ENTRE LE BRÉSIL ET LA FRANCE

Gustavo Vieira da Costa Cerqueira*

1. Des rapports très fructueux entre la Faculté de Droit de l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) et la Faculté de Droit, de Sciences Politiques et de Gestion de l'Université Robert Schuman (URS – Strasbourg III) s'établissent depuis plus d'une dizaine d'années.

Ces rapports ont été construits et demeurent, pour l'essentiel, en dehors de toute convention cadre entre les deux Universités, échappant de ce fait aux voies traditionnelles par lesquelles s'établissent généralement les rapports internationaux entre les institutions universitaires. En effet, les relations entre les deux Facultés de Droit sont le résultat d'une vraie synergie mise au service de l'échange culturel qui dépasse le seul domaine juridique. Ces rapports, à l'origine très spontanés, connaissent depuis quelques temps un renforcement institutionnel, par le biais de conventions de cotutelle régissant les doctorats d'étudiants qui mènent leur projet de recherche dans une optique à la fois internationaliste et comparatiste.

2. Le point de départ de ces relations nous semble être la venue à Porto Alegre en mai 1995 de *Mme Danièle Alexandre*, professeur à l'URS, répondant à l'invitation de *Mme Martha Lucia Olivar Jiménez*, professeur à l'UFRGS et titulaire d'un doctorat en droit communautaire obtenu à l'URS. A cette occasion, *Mme D. Alexandre* a réalisé une série de conférences portant sur les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. Ces conférences ont compté avec la traduction de *Mme Véra Maria Jacob de Fradera*, professeur à l'UFRGS, et ont été l'occasion pour les deux professeurs de se connaître et d'établir dès lors des relations professionnelles très fortes.

3. Par la suite, c'est la présence à Strasbourg de *Mme Iacyr de Aguiar Vieira*, professeur à l'Universidade Federal de Viçosa (UFV), qui a donné une impulsion à ces rapports. Elle entame en 1999 une thèse sous la direction *M. Claude Witz*, professeur à l'URS (détaché à l'Université de la Sarre) portant sur *La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et son applicabilité au Brésil*, qui a été soutenue en septembre 2003¹.

* Doctorant en droit international en régime de cotutelle entre l'Université Robert Schuman (Strasbourg, France) et l'Universidade de São Paulo (Brésil); D.E.A. en Droit international (Université Robert Schuman); Diplômes de 1^{er} et 2^e Cycles de la Faculté Internationale de Droit Comparé de Strasbourg; Spécialiste en Droit International et de l'Intégration (UFRGS); Avocat inscrit aux Barreaux de Porto Alegre et Vitória - Brésil.

¹ Nous avons recensé sept juristes brésiliens ayant soutenu leur thèse à l'URS, dans divers domaines du droit, avant 2003, à savoir : Osvaldo MELO. *Approche juridique du problème de la toacomanie: étude de droit comparé, France et Brésil*. Thèse, Université Strasbourg III, 1973; Rodrigo Diaz ALBONICO. *Contribution à l'étude du fait illicite en droit international; le particularisme latino-américain*. Thèse, Université Strasbourg III, 1974; Ubirajara Targino BOTTO. *L'utilisation des eaux communes à des fins autres que la navigation dans le droit international général et latino-américain: le cas du barrage d'Itaipu (Brésil)*. Thèse, Université Strasbourg III, 1979; Léa Ribeiro da Silva

En raison de la dimension comparatiste de cette thèse, *M. Cl. Witz* a estimé nécessaire une codirection par rapport au droit brésilien. Compte tenu du fait qu'en 1995 *Mme I. de Aguiar Vieira* avait suivi un Séminaire sur la Convention de Vienne de 1980, dirigé par *Mme V. M. Jacob de Fradera* dans le cadre du Programme Post-graduation (Master en droit) de la Faculté de Droit de l'UFRGS, l'invitation adressée à *Mme V. M. Jacob de Fradera* pour diriger les travaux en rapport avec le droit brésilien allait de soi, ainsi que sa participation au jury de thèse. Cette codirection c'est toutefois faite en dehors de toute convention entre les deux Universités. En outre *Mme de Aguiar Vieira* a soutenu des étudiants brésiliens en vue du bon déroulement de leurs études à Strasbourg. Après son retour au Brésil, *Mme I. de Aguiar Vieira* a pris l'initiative de promouvoir, en association avec les professeurs d'autres universités brésiliennes, des cycles de conférences permettant d'intensifier les rapports entre les universités brésiliennes et l'URS (v. *infra*, n° 8).

4. C'est également au cours de l'année universitaire 2002-2003 que les rapports entre les deux universités se renforcent, un lien véritablement institutionnel s'établissant désormais. En effet, *Mlle Fernanda Vieira da Costa Cerqueira* qui a suivi sa formation en droit à l'URS, décide d'entreprendre une thèse en régime de cotutelle et *Mme V. M. Jacob de Fradera* (UFRGS) est sollicitée pour assurer la codirection de ces travaux de recherches aux côtés de *Mme D. Alexandre* (URS). Sa thèse porte sur la "*Proposition d'un système dualiste de détermination de la loi applicable aux contrats internationaux dans l'espace juridique du Mercosur*". Suite à l'exemple de *Mlle F. V. da Costa Cerqueira*, d'autres étudiants brésiliens ont bénéficié d'une convention de cotutelle de thèse entre l'URS et l'UFRGS, alors que l'UFRGS ne connaissait pas cette modalité d'admission aux formations de 3^e cycle (*Pós-Graduação*), notamment pour le doctorat². Toujours en 2002-2003, deux anciens étudiants de la Faculté de Droit de l'UFRGS, *MM. Luis Fernando Kuyven* et *Gustavo Vieira da Costa Cerqueira*, ont été admis au DEA en Droit international à l'URS. Aux termes de ce cursus, l'un et l'autre décident de poursuivre leur formation doctorale en régime de cotutelle, le premier avec l'UFRGS, le second, avec l'Universidade de São Paulo (USP).

5. La cotutelle de thèse est devenue ainsi l'instrument permettant l'établissement de lien institutionnel entre les deux Facultés de Droit. Cette formule consiste essentiellement à développer la coopération scientifique entre deux pays en favorisant la mobilité et l'encadrement des doctorants. Dans le cadre d'une cotutelle, le doctorant effectue ses travaux de recherche sous la responsabilité conjointe de deux directeurs de thèse, l'un dans une université française

NOVAES. *Le droit brésilien des accidents du travail et des maladies professionnelles*, Thèse Université Strasbourg III, 1985 ; *Sonia Maria PEREIRA. La coopération internationale entre les parcs nationaux frontaliers. Les particularités entre le Brésil et ses voisins*, Thèse, Université Strasbourg III, 1986 ; *José Roberto GUSMÃO D'AFONSECA. L'acquisition du droit sur la marque au Brésil*, Thèse, Université Strasbourg III, 1989 ; *Bernadette FERREIRA FARIAS. La législation brésilienne de protection du patrimoine historique : étude comparée avec la législation française*, Thèse, Université Strasbourg III, 1991.

² L'ouverture de la Faculté de droit de l'UFRGS au mécanisme de la cotutelle de thèse bénéficie à des étudiants attachés à d'autres universités françaises. On peut citer à ce titre, la thèse en cotutelle préparée depuis 2004 par *Mlle Bibiana Graeff* portant sur *L'organisation et les modalités d'exécution des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau. Étude comparée en droit français et en droit brésilien*, sous la direction de *Mmes Jacqueline Morand-Deviller* (Université Paris I Panthéon-Sorbonne) et *Cláudia Lima Marques* (UFRGS). Une thèse portant sur *Les contrats bancaires et la protection des consommateurs. Étude de droit comparé franco-brésilien* est également en cours de préparation depuis 2005 par *M. Wellerson Miranda Pereira* en régime de cotutelle, sous la direction de *Mme C. Lima Marques* (UFRGS) et de *M. Gilles Paisant*, professeur à l'Université de Savoie (Faculté de Droit de Chambéry).

et l'autre dans un établissement à l'étranger. La thèse donne lieu à une soutenance unique et à la délivrance de deux diplômes, l'un par l'université française et l'autre par l'établissement partenaire, ou d'un diplôme de doctorat conjoint. Le doctorant est inscrit dans les deux universités et doit satisfaire à des règles procédures administratives *sui generis*. D'abord circonscrite aux universités européennes, cette formule trouve un certain succès au sein d'universités situées en Amérique latine, en Amérique du nord, en Afrique et en Asie. La création de divers collèges doctoraux « franco-pays étranger » en atteste le succès³.

6. Jusqu'à aujourd'hui, les thèses en régime de cotutelle entre l'URS et l'UFRGS sont développées au sein du Collège doctoral européen des Universités de Strasbourg (CDE). En effet, depuis 1999, le CDE accueille des étudiants principalement de pays européens préparant une thèse dans deux institutions différentes : l'une à Strasbourg et l'autre hors de la France. Depuis 2002, il accueille également des étudiants brésiliens qui, durant leurs séjours à Strasbourg, bénéficient d'aides spécifiques et suivent un enseignement hebdomadaire sur l'Europe donné par des spécialistes internationaux dans le cadre du Programme multiculturel du CDE. La première étudiante à être accueillie au CDE a été *Mlle F. V. da Costa Cerqueira*. Elle appartient à la Promotion Marie Curie (2002). Depuis, le CDE n'hésite pas à admettre des étudiants ressortissant des pays non-européens, le Brésil y étant, à l'heure actuelle, le pays le plus représenté⁴. A chaque nouvelle promotion, le nombre d'étudiants brésiliens en régime de cotutelle ou en codirection entre l'URS et des Universités brésiliennes, notamment l'UFRGS, augmente⁵. Parmi ceux-ci : *M. L. F. Kjøven*, Promotion Copernic (2003), élabore une thèse portant sur *La responsabilité précontractuelle dans le commerce international*, sous la direction de *Mme V. M. Jacob de Fradera* (UFRGS) et de *M. M. Storck* (URS); *Mlle Renata Silva Galvão*, Promotion René Cassin (2005), élabore une thèse portant sur *La transposition des normes de droit international et communautaire de protection de l'environnement en droit interne : une comparaison entre les droits français et brésilien*, sous la direction de *Mme M. L. Olivar Jiménez* (UFRGS) et *M. Vlad Constantinesco* (URS); *M. Francisco Augusto Pignatta*, Promotion Virginia Woolf (2006), élabore une thèse portant sur *La phase précontractuelle sous l'empire de la convention de Vienne sur la vente internationale et des droits français et brésilien*, sous la direction de *Mme V. M. Jacob de Fradera* (UFRGS) et de *M. Cl. Witzy* (URS)⁶. Tous

³ A l'heure actuelle, quatre cursus doctoraux franco-pays étranger sont soutenus par la Conférence des Présidents d'Université (CPU), le ministère des Affaires étrangères et européennes, le ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche et le ministère de l'Éducation nationale, à savoir : le *Collège doctoral franco-brésilien*, le *Collège doctoral franco-chilien*, le *Collège doctoral franco-chinois* et le *Collège doctoral franco-japonais*. Pour plus d'informations, consulter : <http://www.epide.asso.fr/fr/programmes/bfe/collegesdoct/>

⁴ Pourcentage d'étudiants hors Europe : 12 % (3% de Brésiliens). Pourcentage de doctorants ressortissant des pays européens : 65%. Pourcentage de doctorant français : 23 %.

⁵ Sur les conditions d'admission au CDE, consulter : <http://edc.u-strasbg.fr/edc/apply/index.html#conditions>

⁶ D'autres étudiants en cotutelle de thèse entre l'URS et d'autres universités brésiliennes font également partie du CDE : *Mlle Roberta Ribeiro Cotel*, Promotion Péniclé (2004), thèse portant sur *Les contrats internationaux de distribution en droit français et brésilien*, sous la direction de *MM. J. Bauerreis* (URS) et *Paulo Borba Casella* (USP) et *M. G. V. da Costa Cerqueira*, Promotion Copernic (2003), thèse portant sur *La pluralité de rattachements de la société anonyme européenne : modèle pour la société commerciale du Mercosur ?*, sous la direction de *MM. J. Bauerreis* (URS) et *João Grandino Rodas* (USP). Nous signalons également l'existence de deux thèses préparées jusqu'à présent en régime de codirection. Il s'agit d'abord de la thèse portant sur *Le contrat de coopération dans le droit français des coopératives agricoles et l'intérêt de ce modèle pour le droit brésilien des coopératives*, élaborée depuis 2006 par *Regel Ferrazza*, professeur à l'UFV, sous la codirection de *Mme V. M. Jacob de Fradera* (UFRGS) et de *M. M. Storck* (URS); ensuite, il s'agit de la thèse préparée depuis 2006 par *Mlle Bruna Calil dos Santos Alves* sur les « *Contribuições para revisão dos princípios contratuais* », sous la codirection de *MM. Carlos Alberto Dabus Maluf* (USP) et *Cl. Witzy* (URS).

ces étudiants ont eu l'opportunité de profiter de diverses activités et d'aides financières apportées par le CDE durant leur formation doctorale, comme les aides à la mobilité et au logement, ainsi qu'aux bourses-relais.

7. Tous ces rapports ont donné naissance à un échange constant de professeurs français et brésiliens. Ces professeurs n'hésitent pas à traverser l'Atlantique pour séjourner quelques périodes en France ou au Brésil, dans le cadre de leurs activités de recherche et d'enseignement. A cet effet, nous soulignons les divers colloques, séminaires et journées d'étude en droit comparé tenus au Brésil et en France, concernant les deux systèmes juridiques dans leur dimension interne, internationale et supranationale.

8. Au Brésil, nous signalons la venue en 2003 à Porto Alegre de *M. Robert Herzog*, professeur à l'URS. Répondant à l'invitation de *Mme M. L. Olivar Jiménez* (UFRGS), *M. R. Herzog*, a fait une conférence sur *l'Union économique et monétaire et la discipline budgétaire en Europe*.

Ensuite, deux importants cycles nationaux de conférences ont été organisés sous la responsabilité scientifique de *Mme I. de Aguiar Vieira* (UFV). Le premier cycle de conférences sur le droit international des contrats et sur l'influence du Code civil français dans la formation du droit privé brésilien s'est tenu du 17 au 28 octobre 2004. Les conférences ont eu lieu dans les Facultés de Droit de l'UFRGS, de l'UFMG, de l'UNI-CEUB et de l'UFV. L'URS était représentée par *Mme D. Alexandre*⁷. Le second cycle de conférences portait sur le commerce international et a été réalisé pendant la deuxième quinzaine du mois d'octobre 2005. Les conférences ont eu lieu dans les Facultés de Droit de l'UFRGS, de la PUC-Rio, de l'UFES et de l'USP, et ont compté avec la participation de plusieurs professeurs brésiliens, ainsi que de leurs confrères de l'URS, *Mme D. Alexandre* et *MM. Cl. Witz et J. Bauerreis*⁸. La présence de *Mmes M. L. Olivar Jiménez* (UFRGS) et *I. de Aguiar Vieira* (UFV) dans ces conférences témoignent de l'importance des liens qui ont été maintenus entre l'URS, où elles ont obtenus leur doctorat, et les Universités brésiliennes où elle sont aujourd'hui professeurs⁹. Les deux cycles de conférences ont compté avec la collaboration des professeurs de toutes les universités brésiliennes concernées, soit pour la coordination locale des événements¹⁰, soit pour une intervention ou participation aux débats.

⁷ Ont également participé à ce cycle de conférences *Mme Camille Jauffret-Spinosi*, Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas Paris II, ainsi que des professeurs brésiliens qui ont souvent des rapports avec différentes Universités françaises : *Mmes V. M. Jacob de Fradera* (UFRGS) ; *Silma Mendes Berti* et *Sylvia Maria Machado Vendramini* (UFV), *MM. João Baptista Villela* (UFMG) et *Marcelo Dias Varella* (UNI-CEUB).

⁸ Ce cycle a également compté avec la présence de *M. Charles-Henry Chénut*, de l'Institut d'Etudes Politiques de Paris et des professeurs brésiliens ayant des rapports très étroits avec la culture juridique française comme *Mmes V. M. Jacob de Fradera* (UFRGS), *M. L. Olivar Jiménez* (UFRGS), *Claudia Lima Marques* (UFRGS), *Nádia de Araújo* (PUC-Rio) et *MM. Arnoldo Wald* (Professeur émérite de l'UERJ) ; *Laura Gama Jr.* (PUC-Rio) et *P. Borba Casella* (USP).

⁹ A cet effet, nous signalons également la participation de *Mme I. de Aguiar Vieira* (UFV) au Colloque sur *Le rayonnement du modèle communautaire*, qui a eu lieu le 8 février 2008 à Strasbourg sous les auspices du Centre d'Etudes Internationales et Européennes de l'URS, de l'Association d'Etudes Européennes et de la Chaire Jean Monnet. L'intervention de *Mme I. de Aguiar Vieira* a porté sur *La réception du droit du Mercosur par les Etats membres*.

¹⁰ La coordination locale de ces deux événements a été assurée par les professeurs de toutes les universités brésiliennes concernées : *Mmes V. M. Jacob de Fradera* et *M. L. Olivar Jiménez* (UFRGS), *Nádia de Araújo* (PUC-Rio), *Valesca Raízer Borges Moschen* (UFES), *S. M. Berti* (UFMG), *MM. João Baptista Villela* (UFMG), *Marcelo Dias Varella* (UNICEUB), *Carlos Klein Zanini* (UFRGS) et *P. Borba Casella* (USP). Des doctorants des universités concernées ont également participé de façon très active à l'organisation et au déroulement de ces deux cycles de conférences : outre les doctorants de ces Universités, on remarque la participation active de *Mlle R. Ribeiro Oertel* et *F. V. da Costa Cerqueira* et *MM. F. A. Pignatta* et *G. V. da Costa Cerqueira*.

Une collection de deux volumes concernant ces deux cycles des conférences est en cours de préparation sous la direction de *Mmes I. de Aguiar Vieira* (UFV) et *V. M. Jacob de Fradera* (UFRGS). Elle compte avec la contribution des juristes français et brésiliens, les traductions des textes français ayant été faites par les deux organisatrices et par les doctorants brésiliens à l'URS¹¹. Ces ouvrages collectifs devront voir le jour cette année. Les deux cycles de conférences, ainsi que la collection d'ouvrages collectifs en résultant, ont été soutenus par l'Ambassade de France au Brésil.

9. En France, nous mentionnons la venue de *Mme V. M. Jacob de Fradera* en janvier 2006 et avril 2008, ainsi que celle de *Mme M. L. Olivar Jiménez* en janvier 2006 en tant que professeurs invités. A ces occasions, les deux professeurs de Porto Alegre ont assuré plusieurs interventions consacrées aussi bien à la présentation du système et de la culture juridique privatiste brésilienne, marqués par une très grande originalité, notamment après l'avènement du Code civil en 2002, qu'à celle des systèmes d'intégration économique en Amérique latine, spécialement celui du Mercosur. Ces interventions ont été suivies avec grand intérêt par le corps académique de Strasbourg.

L'année 2006 a été également marquée par la venue à Strasbourg de deux autres professeurs de Porto Alegre. Tout d'abord, nous signalons l'accueil de *Mme Claudia Lima Marques* aussi bien dans le cadre du programme multiculturel du CDE que dans le cadre des conférences organisées par l'Ecole doctorale de l'URS. A cette occasion, *Mme C. Lima Marques* a présenté à la communauté scientifique strasbourgeoise les systèmes européen et latino-américain de protection des consommateurs au niveau international, ainsi que son projet d'une Convention interaméricaine de droit international privé sur la loi applicable aux contrats internationaux conclus par les consommateurs (CIDIP), devenue la proposition du Gouvernement brésilien au sein de la CIDIP VII-OEA. Les professeurs de l'URS (*Mme D. Alexandre* et *M. André Huet*) ainsi que les doctorants présents à ces manifestations ont mené un débat très animé avec *Mme C. Lima Marques* qui n'a pas hésité à faire remarquer l'importance de ces débats sur les futurs développements de son projet de CIDIP¹². Toujours dans le cadre de la protection du consommateur, en novembre 2006, sous les auspices de l'Ecole Doctorale, *M. Thomas Richter*, alors chercheur et professeur invité à la Faculté de Droit de l'UFRGS, a fait une conférence portant sur « *La protection du consommateur par le droit international privé de l'Union européenne et de l'Amérique latine. Une semaine avant les négociations d'une Convention interaméricaine de droit international privé* ». La venue et l'accueil des professeurs de Porto Alegre à Strasbourg ont été possibles grâce aux concours financiers qui y ont été apportés aussi bien par l'URS que par le CDE, l'initiative des professeurs et des doctorants de l'URS étant également déterminante pour que ces multiples échanges puissent avoir lieu¹³.

¹¹ Les doctorants ayant contribué à la traduction des textes du français au portugais: *Miles F. V. da Costa Cerqueira* et *R. Ribeiro Oertel* et *MM. F. A. Pignatta*, *G. V. da Costa Cerqueira*, *L. F. Kiyven*, *M. Luis Alberto Salton Peretti*, alors étudiant à l'UFRGS, y a également contribué.

¹² Cf. LIMA MARQUES, Claudia. « Elaborando a proposta brasileira de Convenção Interamericana de direito internacional privado sobre a lei aplicável a alguns contratos com consumidores (CIDIP VII): sugestões sobre a proteção dos consumidores em direito internacional privado », in Stefan GRUNDMANN et Margarida DOS SANTOS (dir.) *Schutzinteressen und Freiheitsrechte – Tagungsband der Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung*. Lisboa: Almedina, 2008, pp. 306-404, p. 313-314, note 44 (à paraître).

¹³ Nous mentionnons encore la venue à Strasbourg en tant que professeurs invités, les professeurs suivants : en 2001, *Mme Susana*

10. A toutes ces manifestations, nous associons l'actuel projet de publication de l'ouvrage collectif *"Introdução ao direito francês"*, dirigé par M. Thales Morais da Costa, ATER à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, à paraître en langue portugaise en 2009, à l'occasion de l'année de la France au Brésil. Cette publication va constituer une illustration très importante des liens entre l'URS et l'UFRGS, car elle réunit nombre de doctorants de l'URS, d'anciens étudiants de l'UFRGS ou en cotutelle avec celle-ci¹⁴. En outre, la préparation de cet ouvrage a rendu possible deux manifestations en 2008, préalables à sa publication. A celles-ci participent divers doctorants et professeurs de l'URS. Il s'agit d'abord du séminaire du 14 avril au sein de la Faculté Internationale de Droit Comparé (FIDC)¹⁵ portant sur *« La mise en place d'un projet de droit comparé entre la France et le Brésil »*¹⁶; ainsi que de la Journée d'étude du 17 juin portant sur *« Le droit français et le droit brésilien d'aujourd'hui : éléments de comparaison »*¹⁷. Ces deux événements ont été vivement appuyés par l'URS, par la FIDC par le Centre du Droit de l'Entreprise de l'URS et par l'Ecole Régionale des Avocats du Grand Est (Erage). De l'ensemble de ces activités prévues pour la mise en place du projet, les liens entre l'UFRGS et l'URS et d'autres universités françaises ressortiront certainement renforcés.

11. Très informels à l'origine, ces rapports se sont donc progressivement institutionnalisés. Aujourd'hui, non seulement les étudiants mais également les professeurs bénéficient de ces échanges et contribuent au renforcement de la connaissance de chacun des

Soares (UFRGS), invité par L'Institut d'Etudes Politiques, URS (R. Dorandeu) ; en 2002, Mme Maria Stella Martins Bresciani (Unicamp), invité par Histoire contemporaine, URS (Y. Deloye) ; en 2006, M. P. Borba Casella (USP), invité par la faculté de Droit de l'URS (J. Bauerreis).

¹⁴ Contribuant à la rédaction des divers chapitres composant cet ouvrage, entre autres : MM. G. V. da Costa Cerqueira (Droit commercial, en collaboration avec Mlle Roberta Ribeiro Oertel ; Droit des sociétés commerciales) ; F. A. Pignatta et L. F. Kuyven (Droit des obligations) ; Mlle F. V. da Costa Cerqueira et M. Luis Fernando Kuyven (Droit international privé) ; Mlle B. Graeff (Droit de la consommation) ; Mlle Tanisia Martini Villarino (Finances publiques ; Droit de l'internet).

¹⁵ La Faculté internationale de droit comparé, créée en 1961 sous l'égide de l'Association Internationale de droit comparé auprès de la Faculté de Droit de l'URS, à Strasbourg, est la plus ancienne institution européenne d'enseignement universitaire du droit comparé et des grands systèmes juridiques contemporains.

¹⁶ Outre la présence du doyen de la FIDC, M. V. Constantinesco, le séminaire a été honoré par la présence de professeurs français et brésiliens. Ce séminaire a été destiné aux étudiants du premier et du deuxième cycle de la session du printemps 2008 de la FIDC, ainsi qu'aux doctorants de l'URS. Après les interventions portant aussi bien sur l'Elaboration et la mise en place du projet "Introduction au droit français" que sur Les données fondamentales pour l'élaboration d'un projet de droit comparé franco-brésilien en droit public et en droit privé, assurées respectivement par MM. Th. Morais da Costa, Domingos Paiva de Almeida et G. V. da Costa Cerqueira, un débat très animé a eu lieu. Les débats ont été dirigés et assurés par MM. Cl. Witiz et J. Bauerreis (URS).

¹⁷ Outre la présence de la Directrice de l'Ecole doctorale de l'URS, Mme le professeur Valérie Michel, cette journée d'étude sera honorée par la présence de professeurs français et brésiliens, qui assureront les débats : Mme D. Alexandre, Professeur émérite de l'URS, Mme Joanna Schmidt, Professeur (URS), Mme I. de A. Vieira, Professeur à l'UFV, Brésil ; Mlle Estelle Naudin, Maître de conférences (URS), MM. Michel Fromont, Professeur émérite de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne ; MM. M. Storck, V. Constantinesco, Patrick Wachsmann, Nicolas Kontebessky et Philippe Marchessou, Professeurs (URS), M. Cl. Witiz, Professeur à l'URS (détaché à l'Université de la Sarre), MM. J. Bauerreis et Nicolas Nord, Maîtres de conférences HDR (URS). Les interventions seront assurées par les doctorants suivants : Mmes Paula Wojcikiewicz Almeida (Doctorante à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne et chercheuse à la Fundação Getúlio Vargas / Rio de Janeiro, Brésil), Adriana Jacobi Michel (Juriste spécialisée en droit de la famille) ; Mlles Lise Tupiassu (ATER à l'Université de Toulouse 1) ; Tanisia Martini Villarino (Doctorante à l'Université Paris I) ; Gisela Barbosa dos Reis (Doctorante à l'Université Paris I) ; R. Ribeiro Oertel (Doctorante à l'URS et à l'USP) ; B. Graeff (Doctorante à l'Université Paris I et à l'UFRGS) ; F. V. da Costa Cerqueira (Doctorante à l'URS et à l'UFRGS) ; et MM. Th. Morais da Costa (ATER à l'Université Paris I) ; Karlo Fonseca Tinoco (Doctorant à l'URS) ; D. Paiva de Almeida, (ancien ATER à l'Université Paris I) ; F. A. Pignatta (Doctorant à l'URS et à l'UFRGS) ; L. F. Kuyven (Ancien ATER et doctorant à l'URS et à l'UFRGS). G. V. da Costa Cerqueira (Doctorant à l'URS et à l'USP). Cette journée est réalisée sur la responsabilité scientifique de M. M. Storck, Professeur, Directeur du centre du droit de l'entreprise (URS) ; MM. G. V. da Costa Cerqueira (doctorant à l'URS et à l'USP) et Th. Morais da Costa (ATER à l'Université Paris I), et validée au titre de la formation continue des avocats auprès de l'Erage.

pays concernés, mais aussi de chaque zone régionale, que sont l'Union européenne et le Mercosur. On ne peut que se réjouir du rôle pionnier joué par les Universités de Rio Grande do Sul et de Strasbourg. La mobilité internationale découlant de ces riches rapports atteste la vocation internationale et comparatiste des Facultés de Droit françaises et brésiliennes, dont les Facultés de Droit des Universités de Rio Grande do Sul et de Robert Schuman de Strasbourg en sont les exemples majeurs.

12. Cependant, une plus grande structuration des échanges permettrait une véritable coopération entre les centres de recherches et c'est ce que nous espérons voir se développer prochainement. L'élaboration d'une convention cadre entre les deux Universités ou, plus particulièrement, la participation des deux Universités au consortium d'établissements d'enseignement supérieur au sein du *Colégio doctoral franco-brésilien* (CDFB), récemment institué¹⁸, favoriserait un encadrement de qualité des doctorants en codirection ou en cotutelle de thèse et une mobilité personnalisée. En outre, ceci permettrait le développement de coopérations scientifiques étroites entre des équipes de recherche françaises et brésiliennes d'une manière plus aisée et réciproque. En effet, la réciprocité est un élément tout de même encore faible dans les rapports entre les Facultés de Droit de l'UFRGS et de l'URS, car à l'heure actuelle les échanges sont unilatéraux du Brésil vers la France, du moins en ce qui concerne les étudiants. La mise en place d'un nouveau dispositif – ou l'utilisation de ceux déjà existants¹⁹ – favorisant la réciprocité, faciliterait les échanges entre enseignants et étudiants des deux Universités, illustrant ainsi la rencontre de deux cultures juridiques en plein développement et marquées par une très grande originalité²⁰.

¹⁸ Créée par la signature, le 11 octobre 2005, d'une convention entre les Ministères de l'Éducation Nationale de la France et du Brésil, visant la coopération institutionnelle pour la préparation de thèses de doctorat. Le développement de ce Programme de coopération est, au Brésil, sous la responsabilité de la *Coordenação de aperfeiçoamento de pessoal de ensino superior* (CAPES) et en France, sous la responsabilité de la *Conférence de Présidents d'Université* (CPU).

¹⁹ A l'instar des programmes maintenus avec la France : CDFB, COFECUB, BRAFITEC et CAPES/Brafagny, ainsi que le Programme d'action "Soutien et excellence de la formation universitaire" de l'Agence universitaire de la francophonie (AUF).

²⁰ Parmi une vaste littérature en français sur l'originalité des droits français et brésiliens, ainsi que sur l'influence du droit français sur le droit brésilien, consulter (cité par ordre alphabétique) : AGUILAR VIEIRA, Iacyr de; VIEIRA DA COSTA CERQUEIRA, Gustavo. « L'influence du Code de commerce français au Brésil. Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807 », *RIDC*, n° 1, pp. 27-78, janvier-mars 2007 ; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. « L'influence du droit français sur le droit brésilien », in WALD, Arnold ; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (dir.). *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Institut brésilien de droit comparé et Société de législation comparée, 2005, pp. 456-479 ; BLANQUER, Jean-Michel. « Le droit brésilien et l'originalité des droits de l'Amérique latine », *Revista Culturas Jurídicas*, vol. 2 n° 2, julho/dezembro 2007, 6p., disponible à : <http://www.culturasjuridicas.com.br>, CONSEIL D'ÉTAT. *L'influence internationale du droit français* [étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 19 juin 2001]. Paris : la Documentation française, 2001 ; CONSEIL D'ÉTAT et al. *Le rayonnement du droit codifié* [journée du 25 novembre 2004 organisée par le Conseil d'État, la Commission supérieure de codification, l'Institut français des sciences administratives et al.]. Paris : les Éditions des Journaux officiels, 2005 ; René DAVID. « Structure et idéologie du droit brésilien », *Cahiers de législation et de bibliographie juridique de l'Amérique Latine*, n° 17-18 ; janvier-juin, 1954, p. 5-20 ; et « L'originalité des droits de l'Amérique latine », in René DAVID, *Le droit comparé. droits d'hier, droits de demain*, Coll. Etudes Juridiques Comparatives, dirigée par A. Tunc, Paris, Économica, 1982, p. 161-173 ; FROMONT, Michel. « Le regard d'un juriste français sur le droit brésilien », *Revista Culturas Jurídicas*, vol. 2 n° 2, julho/dezembro 2007, 9p., disponible à : <http://www.culturasjuridicas.com.br>, JAMIN, Christoph. « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », *Bull. inf. C. Cass.*, n° 596, 16 avril 2004, p. 3 et s. ; JAUFFRET-SPINOSI, Camille. « La Circulation du modèle juridique français : journées franco-italiennes, Rapport Introductif (Amérique latine) », Travaux de l'Association Henri Capitant, vol. XV, Paris : Litec,

13. Ces quelques lignes sont spécialement consacrées aux rapports entre les Facultés de Droit de l'UFRGS et de l'URS. Elles illustrent la collaboration fructueuse entre le Brésil et la France. Elles sont également destinées à conserver dans notre mémoire les personnes et les faits ayant contribué de manière significative à l'édification du pont interculturel sur l'Atlantique, liant Porto Alegre à Strasbourg. Puisqu'elles sont essentiellement basées sur notre mémoire, nous nous excusons par avance pour tout oubli ou imprécision. Finalement, ces mots sont dédiés à chacune de ces deux Facultés de Droit. Certes, l'excellence des enseignants appartenant aux deux institutions, ainsi que le haut niveau des recherches qui y sont menées nous ont tous attirés, mais ce sont surtout les liens intellectuels et amicaux qui en sont nés que nous souhaitons voir perdurer !

Strasbourg
Printemps 2008.

1994, p. 109-120 ; MARTINS-COSTA, Judith ; SOUZA PARGENDLER, Mariana. « Us et abus de la fonction punitive (dommages-intérêt punitifs et le droit brésilien) », *RIDC*, n° 4, pp. 1145-1184, octobre-décembre 2006 ; MONTCLAIRE, S. « Brésil », in *Dictionnaire constitutionnel*, Paris : PUF, 1992 ; cf. l'ouvrage collectif *La circulation du modèle juridique français*, Travaux de l'Association Henri Capitant, vol. XV, Paris : Litec, 1994 ; PAIVA DE ALMEIDA, Domingos (dir.). *Introduction au droit brésilien*, Paris : éd. L'Harmattan, 2006 ; SANTOS, Claudio dos. « Influence du droit français dans la jurisprudence du Tribunal Supérieur de Justice », *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., p. 137-139 ; WALD, Arnold ; JAUFFRET-SPINOSI, Camille (dir.). *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Institut brésilien de droit comparé et Société de législation comparée, 2005 ; WALD, Arnold. « Rapport Brésil : première partie », *La circulation du modèle juridique français*, op. cit., p. 125-136 ; « Les nouveaux codes de l'Amérique Latine : le Code brésilien », in *L'avenir de la coïncidence en France et en Amérique latine*, Actes du congrès de l'Association Andres Bello des juristes franco-latino-américains (2-3 avril 2004), p. 125 et s. ; « L'influence du Code civil en Amérique latine », in *1804-2004 - Le Code civil, un passé, un présent un avenir*, Paris : Dalloz, 2004, p. 855-870 ; « La responsabilité civile et le Code civil brésilien de 2002 : l'influence du droit français », in *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, op. cit., p. 275-286 ; « Le droit civil brésilien », entretien : trois questions à Arnold Wald, *Recueil Dalloz* 2007, n° 17, p. 1192 ; WITZ, Claude. « Compte rendu » de l'ouvrage : Wald, Arnold ; Jauffret-Spinosi Camille (dir.). *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Paris : Institut brésilien de droit comparé et Société de législation comparée, 2005, *RIDC*, n° 4, pp. 1283-1287, oct.-déc. 2006. Pour une vision plus critique du rayonnement du droit français, cf. SOLEIL, Sylvain. « La réception du modèle juridique français entre discours et réalité depuis la Révolution », *The Legal History Review*, Vol. 73, numbers 1-2, 2005, pp. 171-182 (12) ; « Le modèle juridique français : recherche sur l'origine d'un discours », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 38, 2003, p. 83 et s. (avec un exemple très intéressant en droit brésilien sur « l'apparent » emprunt au droit successoral française de la saisine héréditaire (« le mort saisit le vif »), mis en évidence par la thèse de Anna-Maria VILLELA, *La transmission d'hérédité en droit brésilien et en droit français*, Paris : Librairie techniques, 1971).

LE NOUVEAU CADRE JURIDIQUE DES SERVICES PUBLICS DE DISTRIBUTION ET D'ASSAINISSEMENT DE L'EAU ET LES DROITS FONDAMENTAUX: RÉFLEXIONS EN DROIT COMPARÉ FRANÇAIS ET BRÉSILIEN*

Bibiana Graeff Chagas Pinto**

De récentes lois sur l'eau et l'assainissement ont été approuvées en France et au Brésil, respectivement les 30 décembre 2006 et 5 janvier 2007. Une analyse comparative invite l'observateur avisé à découvrir certains des points communs entre ces deux régimes juridiques et d'aborder leur évolution vers la reconnaissance des droits à l'eau et à l'assainissement en tant que droits fondamentaux.

En ce début de XXI^e siècle, l'accès à l'eau potable représente un enjeu mondial qui a des incidences non seulement sur la gestion de l'eau *in natura*¹, mais aussi sur le régime des services publics de distribution et d'assainissement intégrés au Brésil, avec d'autres services et actions, dans le concept d'assainissement de base². C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente étude comparative des droits français et brésilien, dominée par une réflexion sur l'urgente nécessité de consolidation pour ces services d'un traitement équitable, c'est-à-dire un régime juridique axé sur la primauté des droits fondamentaux.

Nous présenterons d'abord quelques aspects du régime juridique des services publics de distribution d'eau et d'assainissement, lequel a beaucoup évolué ces derniers temps (I). Nous chercherons ensuite à établir quels droits fondamentaux sont liés à de tels services et dans quelle mesure ils sont reconnus par les droits français et brésilien (II).

I. La complexité du régime juridique des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau

La complexité du droit, inhérente à la post-modernité³, naît du phénomène de la multiplication des sources et se retrouve aussi bien au Brésil qu'en France.

* Article originalement publié dans Petites Affiches, v. 98, p. 4-13, 2007.

** Boursière de la CAPES. Doctorante en droit à l'Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), et à l'Université Fédérale du Rio Grande do Sul.

¹ Pour la gestion de l'eau *in natura* au Brésil et en France, v. S. Teles da Silva. L'eau et l'air en droit français et brésilien, Université Paris I, thèse soutenue le 15 mai 2001.

² Par l'expression services publics d'assainissement de base, nous entendons : l'approvisionnement en eau potable, l'assainissement des eaux usées, la propreté urbaine, la collecte et l'évacuation des déchets et l'évacuation des eaux de pluie. Telle est la définition adoptée par l'article 3-I de la loi 11.445 du 5 janvier 2007, instituant les directives nationales pour les services publics d'assainissement de base, DOU, 8 janvier 2007, seção 1, p. 3 et s.

³ « Inhérente à l'évolution contemporaine de nos sociétés, l'idée de complexification imprègne les développements récents du droit applicable aux services de distribution d'eau et d'assainissement ». B. Teissonnier-Muchielli, L'impact du droit communautaire sur la distribution et l'assainissement de l'eau en France, La Documentation Française, 2003, p. 367.

A. L'encadrement législatif

À la fin du XX^e siècle, de profonds changements politiques et socio-économiques ont eu lieu au Brésil. Les années 1980 marquent un retour du pays à la démocratie donnant lieu à la progression des droits fondamentaux de première, deuxième et troisième génération⁴ consacrés par la Constitution et à une nouvelle conception des relations État-citoyen, administration-administré. Dans les années 1990, à partir de l'évolution d'un modèle économique mondialisant et néo-libéral et du constat de la faillite de l'État en tant qu'agent économique garant du bien être social, le rôle de ce dernier est remis en question, et on assiste à la réouverture au capital étranger⁵, à la « rupture » des monopoles de l'État⁶ et à la privatisation⁷ des services publics.

Certains services publics comme ceux de l'énergie et des télécommunications sont dotés d'une législation propre⁸. D'autres, comme les services publics de l'eau, restaient jusqu'à présent réglementés par des dispositions⁹ dispersées au sein de la législation ordinaire et regroupés, de manière générale, dans un régime constitutionnel des services publics.

Ce retard législatif a été pourtant surmonté, car la loi 11.445 du 5 janvier 2007, instituant les directives pour les services publics d'assainissement de base, vient d'être approuvée. La notion d'assainissement de base n'est pas proprement juridique : « elle a été forgée dans le domaine scientifique pour indiquer un ensemble de facteurs et de circonstances inhérentes à une existence saine »¹⁰.

Elle est constituée d'une série de dispositions en matière d'approvisionnement en eau potable, d'hygiène, de santé publique, de protection environnementale.

La loi adoptée n'a pas mis en place un seul et unique service public¹¹, mais des services publics, qui constituent l'assainissement de base. Ces services publics ont en partie un régime juridique en commun, mais ils gardent leurs particularités et leur indépendance.

⁴ En ce sens, I.-W. Sarlet observe que, pour la première fois dans l'histoire du constitutionalisme brésilien, la matière a été à raison traitée de manière prioritaire, in *A eficácia dos direitos fundamentais*, 6^e éd., Livraria do advogado, 2006, p. 75.

⁵ L'amendement constitutionnel n° 6 du 15 août 1995 supprime les avantages spéciaux existants pour les entreprises brésiliennes de capital national et l'exigence de contrôle du capital national pour les entreprises de recherche et exploitation de produits miniers et d'utilisation des sources d'énergie électrique. L'amendement constitutionnel n° 7 du 15 août 1995 ouvre la navigation côtière et intérieure aux navires étrangers. L'amendement constitutionnel n° 36 du 28 mai 2002, permet la prise de participation de capitaux étrangers à hauteur de trente pour cent dans le capital des entreprises journalistiques et de radiodiffusion.

⁶ Amendement constitutionnel n° 5 du 15 août 1995, modifiant l'article 25, §2 relatif au gaz canalisé; amendement constitutionnel n° 8, approuvé le même jour, modifiant les paragraphes XI et XII, dans le domaine des télécommunications et de la radiodiffusion sonore et de sons et images; et amendement constitutionnel n° 9 du 9 novembre 1995, mettant fin au monopole de l'État en matière de pétrole.

⁷ Instituée par la loi 8.031 du 12 avril 1990, remplacée par la loi 9.491 du 9 septembre 1997.

⁸ Loi 9.247 du 26 décembre 1996 pour les services d'énergie; la loi 9.472 du 16 juillet 1997 pour les services de télécommunication.

⁹ Loi d'occupation du sol (L. 6.766/79); loi relative à l'exercice du droit de grève dans les services publics dits essentiels (L. 7.783/89); Code de protection du consommateur (L. 8.078/90), lois sur la délégation de services publics (L. 8.987/95 et L. 9.074/95), statut de la ville (L. 10.257/01), entre autres.

¹⁰ M. Justen, Avis. Rapport commandé par le ministère des Villes sur l'avant-projet de loi visant à établir les directives pour les services publics d'assainissement de base et la politique nationale de l'assainissement de base – PNS, p. 14. Disponible sur : www.cidades.gov.br/index.php?option=content&task=view&id=669, page consultée en octobre 2006. Tous les textes de lois et citations en portugais ont été traduits en français par nos soins.

¹¹ « Il n'est pas possible de faire mention à des services publics d'assainissement de base en tant que concept juridique unitaire », M. Justen, préc.

Le panorama juridique en France est quant à lui bien différent. Le service public à la française, notion élaborée au début du XX^e siècle, par l'École de Bordeaux, et développée tout au long de ce même siècle par la jurisprudence, est aujourd'hui remis en question par la notion de service d'intérêt économique général, retenue par le droit communautaire. La doctrine française réagit, revendiquant la capacité de renouvellement et d'adaptation de la notion française, qui doit conserver ses caractéristiques essentielles. Le débat actuel porte moins sur le déclin du service public à la française ou sur le besoin de « privatisation » des services publics, que sur la recherche d'une éthique perdue¹² en cette matière.

En ce qui concerne l'eau et l'assainissement, ils ne manquent pas de subir l'influence du droit communautaire, s'agissant notamment des exigences sanitaires¹³. En matière de gestion, ces services subissent des critiques et des recommandations formulées par deux rapports de la Cour des comptes, l'un paru en 1997¹⁴, l'autre en 2003¹⁵, et par une étude menée en 2001 par la commission des finances de l'Assemblée nationale¹⁶. Les problèmes généraux soulevés étaient : l'opacité des prix, l'existence des transferts anormaux aux dépens des usagers, le manque d'information, d'expertise et de maîtrise de la part des collectivités, le manque d'information et de participation des usagers, des contrôles insuffisants ou peu rigoureux des délégations, une concurrence imparfaite.

La nouvelle loi sur l'eau et les milieux aquatiques, loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006¹⁷, aurait pu apporter des réponses à ces questions. Certaines mesures pour accroître la maîtrise des collectivités ont été adoptées. Mais en matière de transparence, d'équilibre des prix et de participation des usagers, elle n'a pas établi des changements substantiels¹⁸.

Le régime juridique des services publics de l'eau et de l'assainissement en France, de même qu'au Brésil, s'inscrit dans de différents instruments légaux¹⁹. Les dispositions sont

¹² J. Morand-Deville, Le service public français : à la recherche d'une éthique perdue, Journée de droit administratif, Genève, édité par Thierry Tanqueret et François Bettanger, Schulthess, 2005.

¹³ Cette influence paraît s'accroître et se perfectionner à la mesure de l'évolution de la construction européenne. Elle apparaît déjà d'un mode claire, concret et obligatoire en matière de qualité de l'eau (directive 80/778/CEE du 15 juillet 1980 et directive 98/83/CE du 3 novembre 1998) ou des eaux usées (directive 91/271/CEE du 21 mai 1991). Jusqu'à présent, le droit communautaire s'applique plus en matière d'exécution que d'organisation de ces services. Ces idées intègrent les conclusions de B. Teissonnier-Muchielli, *op. cit.*, p. 367 et s.

¹⁴ Cour de comptes, La gestion des services publics locaux d'eaux et d'assainissement, rapport public particulier, Les éditions des Journaux officiels, 1997.

¹⁵ Cour de comptes, la gestion des services publics locaux d'eaux et d'assainissement, rapport public particulier, Les éditions des Journaux officiels, 2003.

¹⁶ Y. Tavernier, Mission d'évaluation et de contrôle : de l'opacité à la transparence : le prix de l'eau, Les documents d'information de l'Assemblée nationale, n° 3081, commission de finances, 2001.

¹⁷ JO n° 303 du 31 décembre 2006 p. 20285.

¹⁸ En matière d'assistance technique pour les communes, en ce qui concerne l'assainissement, la loi prévoit une participation des départements (en son article 73, art. L. 3232-1-1 du CGCT). Quant au contrôle des délégations, l'article 54 établit une obligation pour le délégataire de rendre compte dans le rapport annuel de l'exécution des travaux prévus dans un programme prévisionnel (CGCT, art. L. 2224-11-3). D'autres dispositifs semblent répondre plutôt à l'intérêt des délégataires, comme l'interdiction des modulations des aides publiques aux communes ou leurs groupements en fonction du mode de gestion du service (CGCT, art. 2224-11-5), étant donné que ces modulations permettaient aux conseils généraux d'accorder des aides aux municipalités ayant opté pour la régie. Aucun dispositif est prévu pour perfectionner la concurrence, ni pour accroître la participation des usagers. En matière de prix, nous ne constatons pas non plus des vrais progrès dans l'intérêt de l'usager domestique, à part l'interdiction des demandes de caution ou de versement d'un dépôt de garantie (prévues à l'article L. 2224-12-3 du CGCT).

¹⁹ Mise à part la nouvelle loi sur l'eau de 2006, qui modernise la gestion de la ressource et de ses services reposant sur les lois du 16 décembre 1964 et du 3 janvier 1992, ainsi que sur la directive cadre adoptée en octobre 2000 et transposée par la loi du 21 avril 2004, certains de ces instruments sont : la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 relative aux procédures applicables dans

en effet éparpillées dans divers Codes, comme le Code général des collectivités territoriales (CGCT), le Code des communes, le Code de la santé publique, le Code de l'environnement ou encore le Code de l'urbanisme.

Le CGCT, dans son ancien article L. 2224-7, présentait une définition du service d'assainissement sans mentionner le service public de distribution d'eau. La nouvelle loi sur l'eau de 2006 a apporté une définition du service public de distribution d'eau : « Tout service assurant tout ou partie de la production par captage ou pompage, de la protection du point de prélèvement, du traitement, du transport, du stockage et de la distribution d'eau destinée à la consommation humaine est un service de distribution d'eau potable » (CGCT, art. L. 2224-7-I)²⁰. En plus d'apporter des précisions sur l'assainissement non collectif, elle a également intégré les tâches de contrôle des raccordements au réseau public de collecte et d'élimination des boues produites dans la définition du service d'assainissement (CGCT, art. L. 2224-8-II et III).

Au Brésil, la nouvelle loi sur l'assainissement de base fournit pour la première fois les concepts des services publics de l'eau. Le service public de distribution d'eau potable est : « constitué par les activités, infrastructures et installations nécessaires à l'approvisionnement public en eau potable, depuis le captage jusqu'aux branchements particuliers ainsi que les instruments de mesure ; » (art. 3-I, a). L'assainissement quant à lui est : « constitué par les activités, infrastructures et installations opérationnelles de collecte, transport, traitement et aménagement final, adéquats, des égouts sanitaires, depuis les branchements particuliers jusqu'à leur rejet final dans l'environnement ; » (art. 3-I, b).

Le droit des services publics d'eau et d'assainissement exige l'appréhension et la définition de concepts et notions techniques. Tant au Brésil, quant en France la législation évolue dans ce sens, devenant de plus en plus spécialisée et exigeant des juristes des nouvelles connaissances.

B. Caractéristiques communes et particularités

Les activités de distribution de l'eau et d'assainissement ont la qualité de services publics. En France, cette reconnaissance a des origines assez lointaines dans la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation²¹.

Bien que la notion française de service public ne soit pas exactement équivalente à celle utilisée au Brésil, il est possible de dégager certains éléments communs : il s'agit d'une activité d'intérêt général, ou dotée d'une mission d'intérêt général, qui présente un lien organique avec l'administration et qui est soumise à un régime juridique spécial, totalement ou partiellement issu du droit public.

certaines contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ; la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption, la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au Code de la consommation ; la loi n° 95-101 du 1^{er} février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement ; la loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et aux délégations de services publics ; la loi n° 99-1172 du 30 décembre 1999 relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale.

²⁰ JO n° 303 du 31 décembre 2006, p. 20301.

²¹ Quant à la distribution de l'eau potable les arrêts : CE, 27 avril 1877, ville de Poitiers, Lebon, p. 385 ; 28 décembre 1877, ville de Carpentras, Lebon, p. 1058 ; ou Cass. com., 30 avril 1889, commune d'Alet, DP, 1889-I-375. Quant aux services d'assainissement CE, 5 janvier 1850, Lebon, p. 11.

Les services publics de la distribution de l'eau et de l'assainissement ont ainsi une spécificité propre. Ces activités « n'ont pas le statut applicable à la production des biens et services ordinaires ; elles ne relèvent pas de l'habituelle liberté du commerce et de l'industrie »²². Le premier élément essentiel relatif à la nature de ces activités est donc le fait d'être constituées en tant que services publics et non en tant que simple activité économique.

Des services publics locaux ou « d'intérêt local » en situation de « monopole naturel ». Traditionnellement, en France, les services publics de l'eau sont des services publics locaux²³. Ainsi, « l'eau est une ressource locale, prélevée, transportée et distribuée sur un territoire ne dépassant pas l'échelle communale ou intercommunale et la distribution d'eau est une industrie de réseaux qui implique l'occupation durable du domaine public, que seules les communes peuvent autoriser »²⁴, lorsqu'elles sont propriétaires du domaine.

Au Brésil, l'enjeu réside plutôt dans la détermination de la prédominance d'un « intérêt local »²⁵, ou d'un « intérêt commun ». Malgré les divergences doctrinales au sujet de la compétence (*titularidade*) – municipale ou des États-fédérés – en la matière, les juristes reconnaissent le plus souvent l'existence d'un « intérêt local » qui s'y attache²⁶. Cet « intérêt local » est cependant confronté à l'existence d'un « intérêt commun », dans le cas des aires métropolitaines, des agglomérations urbaines et des micro-régions (art. 25, § 3 de la Constitution de 1988²⁷). Dans cette hypothèse, selon une partie de la doctrine²⁸, l'intérêt commun se superpose à l'intérêt local, déterminant exceptionnellement la compétence des États fédérés.

Dans les deux pays, les juristes se sont appropriés la notion économique de « monopole naturel » pour caractériser les services publics de l'eau : « il peut être moins coûteux d'en confier la production à une seule entreprise que de mettre en concurrence deux ou plusieurs entreprises pour les fournir »²⁹. Pour L.-F. Villares e Silva, le « monopole naturel ou de fait est l'inexistence d'autre agent économique intéressé à l'activité économique monopolisée, car elle n'est pas économiquement attirante, en raison des coûts élevés de la production. Il n'existe de place que pour l'action d'une entreprise, car la concurrence apporterait une diminution si grande dans les avantages de l'activité de production que cela la rendrait non

²² B. Teissonnier-Muchielli, op. cit., p. 43. Au sujet de la distinction entre service public et activité économique au Brésil : O. Medauar, *Serviços públicos e serviços de interesse geral*, in D. Moreira-Neto (dir.), *Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo*, Renovar, 2003, p. 115.

²³ J.-F. Auby, *Les services publics locaux*, Berger-Levrault, 1997 ; Teissonnier-Muchielli, op. cit., p. 49-51.

²⁴ P. Schmidt, *Guide pratique de l'eau et de l'assainissement*, Berger-Levrault, 2005, p. 70.

²⁵ La notion de « services publics d'intérêt local » est énoncée par l'article 30 de la Constitution : « Il est de la compétence des communes : (...) V – d'organiser ou d'assurer, directement ou sous régime de concession ou de permission, les services publics d'intérêt local ».

²⁶ H. Meirelles, *Direito Municipal Brasileiro*, Revista dos Tribunais, 1985, 5^e éd., C. Tácito, *Serviços de saneamento básico*, R. dir. adm., 229, 2002, p. 1 ; N. Brunoni, *A Tutela das Águas pelo Município*, in V. Freitas, (coord.), *Águas, aspectos jurídicos e ambientais*, Jurua Editora, 2002, p. 76 ; L.-H. Alochio, *A Problemática do Enquadramento Jurídico da Remuneração dos Serviços de Saneamento Básico (Água e Esgoto) : Taxa ou Tarifa/Preço Público ?*, Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, n° 6, juin-juillet 2006, p. 48 ; L.-F. Silva, *Privatização : a gota d'água*, R. dir. adm., octobre-décembre 2003, p. 266.

²⁷ Article 25, § 3 : « Les États peuvent, par des lois complémentaires, instituer des régions métropolitaines, des agglomérations urbaines et des micro-régions, constituées par regroupement de communes limitrophes, pour intégrer l'organisation, la planification et l'exécution des fonctions publiques d'intérêt commun ».

²⁸ D. Moreira-Neto, *Parer. Companhia de Saneamento do Pará (Cosanpa)*, R. dir. adm., n° 219, janvier-mars 2000, p. 360.

²⁹ B. Teissonnier-Muchielli, op. cit., p. 40.

rentable économiquement »³⁰. V. Shirato considère également que l'« on vérifie l'existence de monopole naturel dans la prestation des services d'assainissement de base, ayant vu que la duplication des moyens nécessaires pour la prestation de tels services serait trop coûteuse, voire impraticable »³¹.

Des services publics industriels et commerciaux et *uti singuli*. En France, les services publics de distribution d'eau et d'assainissement sont considérés comme des services publics industriels et commerciaux tant par la jurisprudence que par la doctrine³².

En droit brésilien, la distinction entre les services publics industriels et commerciaux et les services publics administratifs n'a pas la même force, en raison de l'inexistence d'une juridiction administrative spécialisée comme en droit français. De ce fait, le problème de compétence juridictionnelle par rapport aux services publics n'existe pas au Brésil. Peu de juristes proposent ce classement³³, et il n'est pas toujours tout à fait équivalent au sens français, comme est le cas de la distinction entre services administratifs et services industriels, proposée par l'éminent Hely Lopes Meirelles³⁴. Chaque juriste brésilien propose des nuances et des classements différents, toutefois la notion d'une prestation individualisée qui se distingue d'une prestation généralisée reste présente.

Une des classifications souvent évoquées est la distinction entre les services *uti singuli* et les services *uti universi*. Les services publics de distribution et d'assainissement de l'eau sont certes des services *uti singuli*, c'est-à-dire, ils possèdent des « usagers déterminés et un usage particulier et mesurable pour chaque destinataire »³⁵. H. Meirelles rajoute dans sa définition de services *uti singuli* qu'ils sont également « facultatifs ». Mais si la prestation des services publics de l'eau est individualisée, elle n'est pas tout à fait facultative, le raccordement des immeubles aux réseaux ou l'assainissement non-collectif étant obligatoires. Il est plus juste d'affirmer qu'il en est fait un usage « spécifique et mesurable »³⁶, mais non un usage entièrement « facultatif », mot qui ne traduit pas fidèlement la réalité.

Des services obligatoires et essentiels. Aussi bien au Brésil qu'en France, les services publics de distribution d'eau et d'assainissement sont obligatoires. Si le niveau de consommation d'eau reste évidemment et nécessairement facultatif (sauf pour les cas exceptionnels de consommation forfaitaire), le raccordement aux réseaux est en principe obligatoire, pour des impératifs de santé publique.

³⁰ Op. cit., p. 265.

³¹ Setor de saneamento básico : aspectos jurídico-administrativos e competências regulatórias, R. dir. adm., juillet-septembre 2004, p. 120.

³² CE, 6 mai 1931, Sieur Tondut, Lebon, p. 477 ; 13 janvier 1961, Département du Bas-Rhin, Lebon, p. 38 ; T. confl., 28 juin 1976, Burlat c/ commune de Somme-Suippe, Lebon, p. 701 ; CE, 23 mai 1980, Carpentier, Lebon, p. 643 ; T. confl., 19 février 1990, M. Thomaz c/ commune de Franczal, Lebon, p. 618 ; CE, 14 janvier 1991, M. Bachelet, Lebon, p. 13, RFDA, 1993, p. 689. Dans le sens contraire, classant les services publics de l'eau en tant que services administratifs : CE, 7 mai 1982, Verdier, Lebon, Tables, p. 565.

³³ M.-S. Di-Pietro, *Direito Administrativo*, 15^e éd., Atlas, 2003, p. 105 et s.

³⁴ D'après l'auteur, les services industriels seraient « impropres à l'activité de l'État, en raison du caractère consubstantiel des activités économiques, qui ne peuvent être exploitées directement par l'administration que lorsqu'elles sont « nécessaires aux impératifs de sécurité nationale ou à des intérêts collectifs définis par la loi » (Constitution fédérale – CF, art. 173) », in *Direito Administrativo Brasileiro*, 31^e edição, Malheiros Editores, 2005, p. 329.

³⁵ H. Meirelles, op. cit., p. 329.

³⁶ Expression employée par la jurisprudence brésilienne, par exemple, dans l'arrêt du Tribunal supérieur de justice (STJ) Resp 705.203/SP, DJU du 7 novembre 2005.

En droit brésilien, l'article 11 de la loi n° 2.312/54 du 3 septembre 1954³⁷ (l'ancien Code national de la santé) disposait : « Toute construction considérée comme habitable doit être raccordée au réseau d'eau et d'assainissement, dont l'effluent aura une destination déterminée, fixée par l'autorité compétente ». Cette loi a été remplacée par celle du 19 septembre 1990, loi n° 8080³⁸, qui curieusement n'a pas reproduit dans son texte cette obligation. Malgré ce silence, la doctrine, la jurisprudence³⁹ et la législation locale⁴⁰ reconnaissent le caractère obligatoire de ces services, employant d'ailleurs souvent le terme « compulsório »⁴¹.

En France également, le Code de la santé publique préconise dans son article L. 1331-1 que tous les immeubles soient raccordés aux « réseaux publics de collecte disposés pour recevoir les eaux usées domestiques (...) » dans le délai, normalement, de deux ans à compter de la mise en service de l'égout ou alors « équipés d'une installation d'assainissement non collectif dont le propriétaire fait régulièrement assurer l'entretien et la vidange par une personne agréée par le représentant de l'État dans le département, afin d'en garantir le bon fonctionnement », une exception étant prévue pour certains immeubles (article L.1331-1-1, I inséré par la nouvelle loi sur l'eau de 2006). La doctrine française considère également que le raccordement des habitations aux services publics de l'eau (exigé en matière de construction – article L.421-5, l'exception étant donnée par l'article R.111-11 du Code de l'urbanisme) est un élément essentiel du droit à un logement décent⁴².

Une partie de la doctrine et du ministère public brésilien⁴³ soutient que les personnes bénéficiant du raccordement au réseau public de distribution d'eau potable ont une obligation de consommation humaine de l'eau fournie par le système public d'approvisionnement. Elle contraint l'usager à consommer en priorité l'eau distribuée par le réseau public, au lieu de consommer les eaux de sources alternatives, comme les eaux souterraines, dans le but de garantir la police de la qualité de l'eau et de freiner la croissante exploitation des eaux souterraines au Brésil.

Les services publics de distribution d'eau et d'assainissement sont aussi des services publics essentiels⁴⁴. Le droit brésilien comporte une catégorie de services publics essentiels, établie par la loi 7.783 du 28 juin 1989, dans laquelle s'inscrivent les services publics de l'eau⁴⁵.

³⁷ DOU du 9 septembre 1954.

³⁸ DOU du 20 septembre 1990.

³⁹ Resp 818649/MS du 6 avril 2006, DJ du 2 mai 2006, p. 273.

⁴⁰ Les municipalités peuvent soumettre la délivrance de l'autorisation d'habitation au branchement de l'immeuble aux réseaux de l'eau et des égouts. Dans l'État de Espírito Santo, par exemple, la loi 7.499/03 du 23 juillet 2003 institue dans son article 4 l'obligation de raccordement des immeubles aux réseaux d'assainissement, prévoyant des pénalités pour le non respect de cette règle (art. 5). DOES du 23 juillet 2003, p. 4, cit., par L.-H. Alochio, A Problemática do Enquadramento Jurídico da Remuneração dos Serviços de Saneamento Básico (Água e Esgoto) : Taxa ou Tarifa/Preço Público ?, Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico, n° 6, juin-juillet 2006, p. 43, p. 52 et p. 53.

⁴¹ Terme adopté au Brésil par L.-H. Alochio, préc., p. 50 et s.

⁴² P. Schmidt, op. cit., p. 69.

⁴³ E. Viegas. Visão Jurídica da Água, Livraria do Advogado, 2005, p. 116 et s.

⁴⁴ D'après Y. Frediani, le service public essentiel est l'« activité qui, dès par son importance et son usage, dépasse la sphère de l'intérêt collectif d'une catégorie déterminée, constituant l'intérêt de la société elle-même », Greve nos serviços essenciais à luz da Constituição Federal de 1988, LTr, 2001, p. 85.

⁴⁵ L'article 10 de la loi 7.783, du 28 juin 1989, définit comme des services essentiels ceux de l'eau, de l'énergie électrique, gaz et combustibles ; de santé ; de distribution et commerce de médicaments et d'aliments ; le service funéraire ; le transport collectif ; le captage et le traitement des égouts et des déchets ; les télécommunications ; les substances radioactives ; le trafic aérien ; la compensation bancaire et l'enregistrement des données liées à ces services.

Aussi le Code du consommateur reprend l'expression « essentiels » pour désigner les services publics soumis au principe de continuité (art. 22)⁴⁶, sans préciser quels sont ces services. La doctrine les considère – d'un point de vue large – comme : « tout service public indispensable à la vie en communauté »⁴⁷, ou – d'un point de vue plus restrictif – comme : tout service *uti singuli* rémunéré⁴⁸ ; incluant évidemment les services publics de l'eau⁴⁹. La loi 11.445 du 5 janvier 2007 reprend le mot essentielles pour caractériser les fonctions des services publics de l'eau liées à la santé publique⁵⁰. En France, ces services peuvent aussi être nommés services urbains fondamentaux⁵¹ (au même titre que le service de distribution de l'énergie), ou de services urbains de base⁵².

Si comme l'affirmait Saint-Exupéry : « l'eau est la vie », il nous paraît justifiable que ces services soient considérés comme « les plus essentiels des services essentiels »⁵³. Ce classement en tant que service « essentiel » met en exergue le lien entre ces services et l'exercice des droits fondamentaux vitaux, qui constitue leur objectif primordial.

II. L'eau et l'assainissement : en quête de promotion au rang de droit fondamental

L'existence d'un lien entre les services publics de distribution et d'assainissement de l'eau et les droits fondamentaux est évidente et cette relation revêt une importance particulière par son degré d'intimité, la nature des droits en jeu et un nouvel enjeu auquel l'humanité est confrontée depuis la fin du XX^e siècle : la crise environnementale, dont l'accès à l'eau potable constitue un élément capital. Les défis à relever en matière d'eau ne sont pas seulement d'ordre environnemental, mais également d'ordre socio-économique, car il s'agit de services ayant un coût d'installation et d'exécution élevé, et ce alors qu'une grande partie de la population mondiale vit audessous du seuil de pauvreté et n'a pas accès à ces services.

Dans un premier temps, seront présentés des droits fondamentaux déjà consacrés sur le plan international pouvant être directement ou indirectement liés à la prestation des services publics de l'eau (A). Ensuite, nous évoquerons l'émergence de « l'universalisation de l'accès aux services publics de distribution et d'assainissement de l'eau et la protection d'un minimum vital » (1.) et du « droit à l'eau » (2.), déclarés respectivement par les nouvelles lois brésilienne et française, déjà mentionnées.

⁴⁶ L'article 22 détermine que l'administration ou ses entreprises délégataires sont obligées de « fournir des services adéquats, efficaces, sûrs et, quant aux services essentiels, continus ».

⁴⁷ A. Benjamin, Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Saraiva, 1991, p. 111.

⁴⁸ C. Marques, Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 4^e éd., RT, 2002, p. 486 et s.

⁴⁹ P. Martins, Corte de energia elétrica por falta de pagamento — prática abusiva — Código do Consumidor, in Revista dos Tribunais, 778, août 2000, p. 100.

⁵⁰ La loi définit comme une des directives de la tarification desdits services : « la priorité de la prise en compte des fonctions essentielles liées à la santé publique » (art. 29, § 1, I). Le projet de loi antérieur, élaboré par le gouvernement, PL 5296/05, était plus incisif : « les services publics d'assainissement de base possèdent un caractère essentiel » (art. 5).

⁵¹ E. Sabran-Ponteves, Le droit aux services urbains fondamentaux. Eaux, assainissement, ramassage des déchets ménagers et électricité, in J.-Y. Chérot et T. Reenen (org.), Les droits sociaux fondamentaux à l'âge de la mondialisation. PUAM, 2005, p. 237.

⁵² J.-Y. Chérot et T. Reenen, *idem*, p. 15.

⁵³ Dans ce sens, R.-M. Luft, Marcos legais e institucionais para a redefinição do serviço público de saneamento básico, in A.-C. Costaldello, (coord.), Serviço Público, Direitos Fundamentais, Formas Organizacionais e Cidadania. Juruá Editora, 2005, p. 216.

A. Les droits fondamentaux en question

Jacqueline Morand-Deville observe l'importance de la reconnaissance des droits de troisième génération, « droits de la solidarité, droits-devoirs imposant une nouvelle conception de la responsabilité plus collective et ouverte vers le futur, droits fondés sur la communion plus que sur l'exclusion, sur la sérénité plus que sur l'agression, sur la générosité que sur l'égoïsme »⁵⁴. En matière de services publics de distribution et d'assainissement de l'eau, ces droits-devoirs, notamment le droit à l'environnement et le droit à l'eau, garant d'un minimum vital, s'ajoutent aux droits sociaux au logement et à la santé, sans lesquels l'existence d'un droit à la vie ne pourrait assurer la dignité humaine.

1. Le droit à la vie⁵⁵ et à la dignité humaine

Si l'eau est un élément vital, il est impossible de ne pas faire le lien entre les services qui lui sont affectés et le droit à la vie, ce qui évoque souvent la doctrine brésilienne⁵⁶.

Mais la reconnaissance d'un droit à l'eau lié au droit à la vie changerait la conception originale du droit à la vie, liberté fondamentale. « Si l'on considère que ce droit comprend l'accès à l'eau, support nécessaire à la vie humaine, on se trouve du coup en présence d'une lourde obligation à la charge des États, consacrée dans les principaux instruments contraignants. Une interprétation prescrivant des mesures étatiques positives ne protégerait pas seulement l'individu contre la privation arbitraire de la vie par l'État, mais garantirait sa survie grâce à la fourniture par l'État d'eau en quantité et qualité suffisante »⁵⁷.

Si le lien « assainissement de base »/« droit à la vie » (liberté fondamentale) apparaît relativement indirect, il en est tout autre lorsqu'il s'agit du principe de la dignité de la personne humaine⁵⁸.

Une grande partie de la doctrine franco-brésilienne reconnaît une dimension vaste⁵⁹ et absolue⁶⁰ de la dignité, consacrée comme principe fondamental de l'État brésilien (art. 1-

⁵⁴ In *L'individu et le corps social : corps biologique et corps social*, L'identité, Science, histoire et société, PUF, 2006, p. 84.

⁵⁵ Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (art. 6-1) ; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 (art. 2) ; Convention américaine relative aux droits de l'homme, de 1969 (art. 4).

⁵⁶ D'après M.-J. Granziera, la consommation humaine constitue l'usage prioritaire de l'eau, car elle est liée au droit à la vie, *Direito das Águas. Disciplina Jurídica das Águas Doces*, Editora Atlas, 2001, p. 124. « Le droit fondamental à la vie, consacré dans la Constitution Fédérale, ne signifie pas seulement le droit d'être vivant, mais aussi le droit à vivre avec dignité, dans des conditions de base de santé et de bien-être. Devant ces circonstances, un des principaux défis actuels du Pouvoir public consiste en le dépassement des déficits de la prestation du service d'assainissement de base », R.-M. Luft, op. cit., p. 232.

⁵⁷ J. Sonhle, *Le droit international des ressources en eau douce : solidarité contre souveraineté*, La Documentation française, 2002, p. 439.

⁵⁸ Article 1^{er} de la Déclaration universelle des droits de l'homme, Préambule du pacte des nations unies ; articles 3 et 4 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de 1950 ; articles 7 et 8 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 de l'ONU.

⁵⁹ Au Brésil, I.-W. Sarlet affirme que la dignité de la personne humaine, « qui « attire te contenu de tous les droits fondamentaux », exige et présuppose la reconnaissance et la protection des droits fondamentaux de toutes les dimensions », *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*, Livraria do Advogado, 2001, p. 87. Pour A.-P. Barcellos, la dignité de la personne humaine va même au-delà des droits fondamentaux : « Sera respectée la dignité de l'individu dont les droits fondamentaux seront observés et réalisés, même si la dignité ne se limite pas à ces droits », *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana*, Renovar, 2002, p. 110. En France, S. Calmes nous rappelle que « Même si le concept [de dignité de la personne humaine] a été forgé pour lutter contre des actes graves, tout ou presque peut être qualifié d'atteinte à la dignité : l'irrespect du corps (lancer de nain), convention de strip-tease, tatouage sur les fesses, les difficultés sociales et économiques (droit à un logement), droit au minimum vital... La notion s'épuise dans la liste toujours plus longue des droits subjectifs », *Le droit au respect de l'être humain*, in L. Bourgeois-Larsen (coord.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruylant, 2005, p. 129.

⁶⁰ La protection de la dignité de la personne humaine a aujourd'hui un caractère plus absolu que la protection du droit à la vie.

III de la Constitution fédérale). En droit communautaire européen, la Charte européenne des droits de l'homme, orientée par la dignité de la personne humaine, ne la restreint pas à la simple protection de l'intégrité physique de la personne et prévoit d'autres formes de protection dans les chapitres sur la solidarité.

« La dignité implique la possibilité pour chacun à accéder à un niveau de vie adéquat pour lui et sa famille, ce qui inclut nourriture, vêtements et logement. Il est évident que la dignité n'est pas assurée à ceux qui sont affamés, nus et sans logis »⁶¹ et il est évident que ceux qui sont privés d'eau pour vivre sont privés d'une existence digne.

2. Le droit à la santé⁶²

Le droit à la santé s'inscrit parmi les droits sociaux reconnus par le droit brésilien et par le droit français, ayant un traitement intégré avec d'autres droits comme celui au logement et celui de l'environnement⁶³, ainsi qu'avec l'accès à l'eau potable et à l'assainissement⁶⁴.

En France, le droit à la santé a été reconnu dans le Préambule de la Constitution de 1946, et déclaré comme principe à valeur constitutionnel⁶⁵. Ce droit est réaffirmé dans la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, « loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions », qui prévoit des actions spécifiques contre les maladies générées par la situation insalubre des logements. Une de ces maladies, le saturnisme, provoquée par une intoxication due à un excès de plomb consommé dans l'eau distribuée dans des immeubles anciens et/ou insalubres, illustre parfaitement le rapport entre l'insalubrité du logement, l'accès à l'eau potable et l'attente à la santé⁶⁶.

Au Brésil, le droit à la santé fut consacré à l'article 6 de la Constitution, sans que son contenu soit précisé. Plus récemment, un amendement constitutionnel (n° 29/2000)⁶⁷ a fixé pour l'Union, les États fédérés, les municipalités et le district fédéral, un montant minimal d'investissements dans le domaine de la santé, une mesure concrète d'effectivité de ce droit.

D'après S. Calmes, selon les instruments internationaux de protection des droits de l'homme, le droit à la vie n'est pas un droit à protection absolue puisqu'il comporte des exceptions : la peine de mort, admise par de nombreux textes, ou encore la légitime défense et la guerre elle-même, qui justifient le meurtre. En revanche, la dignité, qui sous-tend l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants, ne souffre aucune limitation, même partielle ou temporaire, op. cit., p. 133.

⁶¹ Idem, p. 131.

⁶² Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 25) ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 (art. 12-2 b).

⁶³ Agenda 21, § 6.1, qui affirme l'objectif de réduire les risques à la santé résultants de la pollution et des menaces environnementales (§ 6.39 et 6.41 - c).

⁶⁴ Agenda 21, 1992, § 6.10, 6.12 (e) ; 6.13 (d i) ; 6.3 ; 6.5(a i) ; 6.33 ; 18.48 ; 18.50 (a) - (d) ; 18.76 (a ii) et (g iii) ; plan d'action du 26 mars 1997, recommandations 15-17). Dans le contexte régional européen, le Protocole sur l'eau et la santé, adopté le 17 juin 1999, dans le cadre de la Convention de Helsinki de 1992. Ce texte apporte une série d'objectifs concrets, tels que : la prise de mesures positives de lutte contre les maladies liées à l'eau, l'accès de tous à l'eau potable et à l'assainissement. Le texte est très complet, apportant une série de définitions, comme par exemple celle de « maladie liée à l'eau » (art. 2, § 1). Il détermine aussi que l'accès de tous à l'eau suppose un approvisionnement en eau salubre et exempt de micro-organismes, de parasites ou de substances qui, en raison de leur quantité ou de leur concentration, constituent un danger potentiel pour la santé de l'homme (art. 4, § 2, a). Quant à l'assainissement, il doit être adéquat, pouvant protéger suffisamment la santé de l'homme et de l'environnement, grâce, en particulier, aux systèmes collectifs mis à disposition des particuliers et des entreprises (art. 4, § 2 b, art. 6, § 1 b et art. 2, § 9 b).

⁶⁵ Cons. const., 15 janvier 1975, déc. n° 75-54, loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse, JO du 16 janvier 1975, p. 671 ; 8 janvier 1991, déc. n° 90.283, loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcootisme, JO du 10 janvier 1991.

⁶⁶ J.-S. Cayla, L'accès aux soins et la politique de santé publique, in F. Monéger, op. cit., p. 412 et 414.

⁶⁷ Cet amendement du 13 septembre 2000 a modifié les articles 29, 35, 156, 160 et 198 de la Constitution.

Une résolution⁶⁸ du Conseil national de santé, établissement public de l'État, a décidé que les investissements en assainissement de base n'entraient pas dans la catégorie d'actions prises en compte dans le sens de l'amendement n° 29/2000, même si la participation à la formulation et à l'exécution des actions d'assainissement de base ainsi que la collaboration dans la protection de l'environnement sont des attributions du système national de la santé (art. 200, IV et VIII de la Constitution). Cette directive prétend ainsi garantir un minimum d'investissements directs pour les actions et services publics de santé.

3. Le droit au logement décent

Le droit au logement, droit fondamental essentiel en matière de cohésion sociale, est directement lié aux services publics d'eau. Comme le montrent les exigences du droit sanitaire, du droit d'urbanisme et du droit de la construction, le concept de logement décent impose que les immeubles en général soient raccordés aux réseaux d'eau et d'assainissement (cf. *supra*).

En France, ce droit n'est pas affirmé par la Constitution. Mais le Conseil constitutionnel a décidé en 1995⁶⁹ et en 1998⁷⁰ que l'accès à un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle. Cette affirmation ne garantit pas l'effectivité pleine de ce droit, mais elle sert en tant que paramètre d'interprétation, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité abstrait et *a priori* des lois⁷¹. C'est ainsi que la loi n° 98-657 déjà mentionnée a pu affirmer que la lutte contre les exclusions, en tant qu'« impératif national », a comme but de garantir l'accès effectif de tous aux droits fondamentaux, dont l'accès au logement (art. 1^{er})⁷². La loi n° 2006-872, du 13 juillet 2006, « loi portant engagement national pour le logement »⁷³, présente des dispositions importantes concernant les services publics d'eau, comme nous le verrons par la suite.

Au Brésil, le droit au logement a été intégré à travers l'amendement constitutionnel n° 26/2000, à la liste des droits fondamentaux sociaux (art. 6 de la Constitution). Les difficultés pour sa mise en pratique sont toutefois importantes, la situation étant plus grave qu'en France : 78 % de la population urbaine brésilienne vit dans des *favelas*, dans un milieu insalubre, souvent non-équipé pour l'eau et l'assainissement.

4. Le droit à un environnement équilibré

Le plus souvent considéré comme un droit de troisième génération, le droit à l'environnement n'a pas été reconnu par les grands textes internationaux des droits de l'homme. Il est pourtant reconnu directement ou indirectement par les instruments régionaux de protection des droits fondamentaux⁷⁴ ainsi que par le droit français et brésilien.

⁶⁸ Résolution n° 322/2003 du 8 mai 2003. M. Franca et N. Franca, A força normativa das diretrizes do Conselho Nacional de Saúde sobre a EC n° 29/2000, R. CEJ, juillet/septembre 2005, p. 13.

⁶⁹ Cons. const., 19 janvier 1995, déc. n° 94-359 DC, diversité de l'habitat, cons. n° 7, RJC I-613.

⁷⁰ Arrêt n° 98-403 du 28 juillet 1998, JO du 31 juillet 1998, à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de dispositions de la loi n° 98-657, du 29 juillet 1998, « loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions », qui est venue renforcer les grands programmes d'action lancés par la loi 8810-88 du 1^{er} décembre 1988, qui avait créé le RMI, revenu minimum d'insertion, et qui avait donné naissance à la politique d'accès au logement (loi n° 90-449, du 31 mai 1990), comme la première politique d'insertion.

⁷¹ L. Gay, L'accès au logement en France et en Afrique du Sud : perspectives constitutionnelles et politiques comparées, in J.-Y. Chérot et T. Reenen (org.), op. cit.

⁷² R. Lafore, L'accès à un logement, in F. Moneger (org.), La lutte contre les exclusions, Dalloz, 1999.

⁷³ JO n° 163 du 16 juillet 2006.

⁷⁴ Article 11 du Protocole de San Salvador, Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme. En droit européen, une interprétation extensive du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile par les organes de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 8), a fait du droit à l'environnement un composant du droit au respect

Le droit adopté au Brésil est un droit à l'environnement écologiquement équilibré. Il est reconnu depuis la promulgation de la Constitution de 1988, qui proclame en son article 225, que : « chacun a droit à un environnement écologiquement équilibré, bien à l'usage commun du peuple et essentiel à une saine qualité de vie ; le devoir de le défendre et de le préserver au bénéfice des générations présentes et futures incombe à la puissance publique et à la collectivité. » Une série de paragraphes précisent cette disposition. En France ce n'est qu'en 2005 qu'il acquiert un statut constitutionnel, s'inscrivant à l'art. 1^{er} de la Charte constitutionnelle environnementale⁷⁵. A. Capitani⁷⁶ observe que le droit consacré en France en tant que « droit humain »⁷⁷ n'est pas exactement un droit à l'environnement équilibré, mais « le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé », ce qui dénote que le sujet de ce droit n'est pas la nature (qui bénéficie indirectement de cette protection), mais l'individu (incluant, de forme subjacente, la collectivité, et les générations futures).

B. L'émergence de nouveaux droits

1. L'universalisation de l'accès à l'eau et à l'assainissement et la protection du « minimum vital » au Brésil

La récente loi brésilienne L. 11.445 du 5 janvier 2007 établit comme un des principes fondamentaux de la prestation des services publics de distribution et d'assainissement de l'eau : « l'universalisation de l'accès » (art. 2, I).

Le projet de loi PL 5296/05 élaboré par le gouvernement, déjà mentionné, était quant à lui plus ambitieux. Il affirmait un droit d'accès aux services publics de distribution d'eau et d'assainissement, lorsque leur inexistence, interruption ou prestation défectueuse portait nuisance ou empêchait la promotion du droit de vivre dans un environnement sain. Ce projet de loi consacrait également le droit à l'assainissement de base, une obligation de résultat à la charge de l'administration⁷⁸. Ce droit aurait été qualifié en tant que droit public subjectif, ce qui signifiait que chaque citoyen aurait pu, individuellement, l'exiger de l'administration⁷⁹.

du domicile (CEDH, 9 décembre 1994, López Ostra, JCP 1995. I. 3823, chron. F. Sudre, n° 33 ; 19 février 1998, Guerra, JCP 1999. I. 105, chron. F. Sudre, n° 43).

⁷⁵ Loi constitutionnelle n° 2005-205, promulguée le 1^{er} mars 2005, JO n° 51 du 2 mars 2005, p. 3696.

⁷⁶ In La Charte de l'environnement, un leurre constitutionnel ?, RFDC n° 63, 2005, p. 493.

⁷⁷ Idem, p. 498.

⁷⁸ Un des chapitres prévus par ce projet de loi s'intitulait : « le droit à la salubrité environnementale ». Son article 3 proclamait : « tous ont le droit à une vie dans un environnement sain, dont la promotion est un devoir des pouvoirs publics et de la collectivité ». L'énoncé du paragraphe suivant était quant à lui plus intéressant, qualifiant le devoir des pouvoirs publics : « il constitue une obligation de la puissance publique de promouvoir la salubrité environnementale, spécialement à travers des politiques, d'actions et la prestation universelle et égalitaire des services publics nécessaires ». Finalement, l'article 4 consacrait non seulement le droit à un niveau adéquat de salubrité environnementale, mais le droit à un niveau croissant de salubrité : « il est assuré à tous le droit à des niveaux adéquats et croissants de salubrité environnementale et d'exiger aux responsables des mesures préventives, atténuantes, compensatoires ou réparatrices face à des activités nuisibles ou potentiellement nuisibles à la salubrité environnementale ».

⁷⁹ À propos du « droit à l'assainissement de base » prévu par le projet de loi en question, R.-M. Luft avait écrit : « Même s'il s'agit d'un droit social qui est mis en pratique à partir de politiques publiques, chacun peut, individuellement, demander à l'administration l'accès aux services qui lui sont rattachés. Il s'agit d'une espèce de remède juridique transformant un droit trans-individuel en un droit subjectif, permettant à chaque citoyen d'exiger de l'État l'accomplissement des obligations constitutionnellement prévues », op. cit., p. 223-224.

Le législateur brésilien a été prudent. Il a défini « l'universalisation de l'accès » comme étant : « l'amplification progressive de l'accès de tous les domiciles occupés à l'assainissement de base » (art. 3-III de la loi 11.445/07). Dès l'entrée en vigueur de cette loi, les autorités administratives sont donc obligées de promouvoir cette amplification progressive, en vue de la consécration d'un « droit au service » effectif.

L'universalisation de l'accès aux services bénéficie à la collectivité et aux générations futures. Un autre enjeu majeur est la consécration d'un droit individuel à un minimum vital d'eau.

L'eau est essentiellement un bien vital et social⁸⁰, ne pouvant pas être considéré comme une simple marchandise⁸¹. L'existence de personnes qui, par des difficultés économiques, ne peuvent pas accéder à cette ressource est un problème qui touche, dans des proportions différentes, tant le Brésil, que la France, et les deux pays sont à la recherche de solutions, comme une politique tarifaire sociale⁸² ou des aides financières à des usagers en situation précaire⁸³.

La coupure du service pour défaut de paiement est une pratique acceptée par les jurisprudences française et brésilienne. Au Brésil, même si la juridiction des États considère parfois les coupures de fourniture d'eau comme illégales⁸⁴, ces arrêts sont presque systématiquement reformés par le Tribunal supérieur de justice (STJ)⁸⁵. La récente loi 11.445-

⁸⁰ S. Paquerot, L'urgence, reconnaître le droit d'accès à l'eau, in R. Petrella (org), *L'eau : Res publica ou marchandise ?*, La Dispute, 2003, p. 27.

⁸¹ La directive-cadre sur l'eau 2000/60 de la Communauté européenne, adoptée en octobre 2000, proclame, dans son deuxième considérant : « l'eau n'est pas un bien marchand comme les autres ».

⁸² Au Brésil, la loi 8.987/95 sur les délégations de service public, autorise dans son article 13 l'échelonnement tarifaire, selon les diverses catégories d'usagers. De plus, le STJ considère le tarif progressif légal (décision Resp n° 625.221/RJ - 2003/0238382-7). Dans son vote (doc. 1907640), le rapporteur, D. Arruda, estime que « devant les inégalités sociales et économiques des usagers des services publics, cette politique de discrimination tarifaire permet de mettre en pratique, à partir de critères raisonnables et proportionnels, l'égalité juridique et de mettre en place la justice sociale », p. 6, ce qui a aussi « comme but de stimuler l'usage rationnel des ressources hydriques », p. 8. Dans le même sens, Resp 485.842/RS, DJU du 24 mai 2004, p. 237. La loi 11.445 du 5 janvier 2007 a établi comme l'une des directives de la tarification : « l'accroissement de l'accès des citoyens et des localités à faibles revenus aux services » (art. 29, § 1, II). De plus, elle a autorisé l'adoption de subsides tarifaires pour les usagers en situation économiquement précaire et les localités dont la capacité économique est insuffisante pour couvrir le coût intégral des services (art. 29, § 2). La tarification peut aussi prendre en compte plusieurs critères d'ordre social tels que : a) les différentes catégories d'usagers, dont le critère de distinction est le niveau de consommation (art. 30, I); b) une consommation minimale, au bénéfice des usagers les plus démunis (art. 30, III); c) la capacité de paiement des consommateurs (art. 30, VI).

⁸³ Au Brésil, la loi 11.445 du 5 janvier 2007, autorise les aides financières aux usagers en situation précaire article 29, §2 et article 31. En France : loi n° 88-1088, préc., complétée par la loi n° 92-722 du 29 juillet 1992; loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, préc., qui établit le droit d'accès à des ressources minimales. Cette loi a modifié plusieurs dispositions du Code de la consommation, comme l'article L. 331-2, accordant au consommateur endetté la réserve d'un minimum vital, appelé « reste à vivre ». V. aussi l'article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles, accordant le droit à une aide pour la fourniture d'eau, récemment modifiée par la loi du 13 juillet 2006, préc. Pour la doctrine : A. Baschenis, *Le droit à des ressources minimales* et P. Mozas, *La lutte contre les exclusions et l'endettement*, tous les deux in F. Monégier (org), op. cit.

⁸⁴ Dans ce sens, la décision du Tribunal de l'État du Rio Grande do Sul, reformée récemment par le STJ (Resp n° 816.233, RS 2006/0021946-2).

⁸⁵ Ainsi, le Tribunal juge aujourd'hui licite la coupure (décisions : Resp n° 816.233, RS 2006/0021946-2 du 14 mars 2006, doc. 23000889, DJ, 23 mars 2006; Resp n° 647.222, RS 2004/0030542-4 du 7 février 2006, doc. 2236655, DJ, 20 février 2006). Toutefois, cette mesure est critiquée par certains juges du Tribunal supérieur qui la considèrent comme un attentat à la dignité humaine : « la coupure de la fourniture de services essentiels – l'eau et l'énergie électrique – comme un moyen de contraindre l'usager au paiement du tarif ou d'une amende, c'est une procédure qui extrapole les limites de la légalité et affronte la clause du respect à la dignité humaine, puisque le citoyen fait usage des services publics essentiels pour sa vie », EREsp 337.965/MG, DJU du 8 novembre 2004. De plus, lorsque le prestataire s'est refusé à octroyer un crédit à l'usager, le Tribunal a considéré la coupure « un acte reprouvé, inhumain et illégal », rappelant que l'entreprise « est obligée à fournir l'eau à la population d'une manière adéquate, efficace, sûre et continue, n'exposant pas le consommateur au ridicule et à la gêne », STJ, DJU du 10 mai 1999, p. 125).

07 confirme cette position (art. 40, V), mais adopte une disposition en faveur de certaines catégories d'usagers : « l'interruption ou la restriction de la fourniture d'eau pour défaut de paiement à des établissements de santé et d'éducation et à des usagers résidentiels à faible revenu, bénéficiaires d'un tarif social, devra obéir à des délais et critères assurant les conditions minimales de préservation de la santé des personnes atteintes » (art. 40, V, § 3). À travers cette disposition, le législateur semble faire un pas vers la reconnaissance d'un droit au minimum vital en matière d'eau et d'assainissement.

En France, pour essayer de résoudre le problème de coupure des services publics essentiels (l'énergie et l'eau) pour les usagers en situation précaire, une pratique administrative s'était développée à partir de 2004 : l'adoption de délibérations ou d'arrêtés municipaux anti-coupure. Ils ont été systématiquement suspendus ou annulés par le juge administratif, mais ont suscité un intéressant débat doctrinal⁸⁶.

En effet, l'article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles accorde aux personnes en situation précaire le droit à une aide de la collectivité pour disposer de la fourniture d'eau. Cette disposition comprenait déjà une obligation de maintenance du service jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande d'aide. La loi du 13 juillet 2006, portant engagement national pour le logement, a modifié cet article L. 115-3, précisant que « du 1^{er} novembre de chaque année au 15 mars de l'année suivante, les fournisseurs d'électricité, de chaleur, de gaz et les distributeurs d'eau ne peuvent procéder, dans une résidence principale, à l'interruption, pour non-paiement des factures, de la fourniture d'électricité, de chaleur ou de gaz ou de la distribution d'eau » aux personnes « bénéficiant ou ayant bénéficié, dans les douze derniers mois, d'une décision favorable d'attribution d'une aide du fonds de solidarité pour le logement ».

Cette procédure de solidarité pourrait être efficace pour garantir le minimum vital d'eau à chacun. Il faudrait pour cela que les usagers soient informés de ce droit, une obligation d'information à cet égard devant être établie pour le prestataire. De plus, le financement de cette procédure devrait être reformulé, à travers, par exemple la participation des prestataires (tel qu'il est déjà prévu pour EDF).

Les services public d'eau, des services publics essentiels – voire vitaux, méritent d'avoir un traitement spécial : une vision sociale et solidaire doit prévaloir sur une vision purement économique.

2. La reconnaissance d'un droit à l'eau

« Il est étonnant que les grands instruments classiques des droits de l'homme ne reconnaissent pas à l'individu un droit à l'eau, malgré l'importance de ce droit pour la vie et la civilisation humaines, tandis que les textes consacrés à la protection de l'environnement insistent sur l'importance des droits de l'homme »⁸⁷.

⁸⁶ S. Braconnier, Les arrêtés municipaux anti-coupure d'eau : une réponse juridique inadaptée à un problème social réel, *AJDA*, 2005, p. 614 ; B. Kern, Légalité des arrêtés anti-coupures EDF-GDF et renégociation des contrats de concession, *Revue Lamy des collectivités territoriales*, n° 1, avril 2005, p. 53 ; J. Moreau, Les problèmes juridiques soulevés par les arrêtés et délibérations anti-coupures, *RJEP/CJEG* n° 629, mars 2006, p. 97.

⁸⁷ J. Sohnle, *op. cit.*, p. 439.

Peu de textes internationaux, rarement contraignants, consacrent un droit substantiel à l'eau⁸⁸. Toutefois, ce droit « est inhérent à d'autres droits de l'homme »⁸⁹. Le droit à l'alimentation⁹⁰ et le droit à la santé n'auraient aucun sens sans l'existence d'un droit à l'eau. Certains auteurs l'associent également au droit de l'environnement : « l'approvisionnement en eau propre, destinée à la consommation, devrait être considéré comme le premier et le plus élémentaire des droits environnementaux d'une famille et de toute la communauté »⁹¹. En effet, la doctrine, à travers ses interprétations extensives, joue un rôle décisif pour la consécration du droit à l'eau⁹².

À l'heure actuelle, le droit à l'eau n'est pas explicitement déclaré au Brésil. Il peut cependant être déduit de plusieurs dispositifs⁹³. En France, il pouvait aussi être dégagé du Préambule de la Constitution (l'eau étant essentielle à la sécurité matérielle et à la santé) et d'autres lois, telles que la loi sur les rapports locatifs (l'eau étant indispensable à la salubrité du logement) et la loi de 1992 sur la lutte contre les exclusions, qui instaure un droit à une aide pour l'accès à l'eau. Avec la nouvelle loi sur l'eau, loi n° 2006-1772 du 30 décembre 2006, ce droit dévient explicite.

La nouvelle loi française sur l'eau de 2006, introduit en droit français la déclaration expresse d'un droit à l'eau. La proposition retenue modifie le deuxième alinéa de l'article L. 210-1 du Code de l'environnement : « Dans le cadre des lois et règlements ainsi que des droits antérieurement établis, l'usage de l'eau appartient à tous et chaque personne physique, pour son alimentation et son hygiène, a le droit d'accéder à l'eau potable dans des conditions économiquement acceptables par tous »⁹⁴. La portée de ce droit dépendra de l'interprétation accordée aux « conditions économiquement acceptables », et surtout de la réglementation pour son application.

Une interprétation possible accorderait à l'expression « conditions économiquement acceptables » le sens selon lequel l'eau doit avoir des tarifs modiques. À partir de cette vision, ce « nouveau » droit à l'eau n'apporte rien de nouveau, puisque la loi reconnaît déjà que l'usage de l'eau appartient à tous, ainsi que les principes d'égalité des usagers et de modicité tarifaire. Une autre possibilité interprétative serait que, pour les personnes en situation précaire, la seule « condition économiquement acceptable » est de ne pas payer ou de bénéficier des

⁸⁸ Convention relative aux droits de l'enfant (art. 24, al. 2) du 20 novembre 1989 ; la Déclaration de Madère sur la gestion durable des ressources hydriques (art. 7), adoptée par le Conseil européen de droit de l'environnement (CEDE) le 17 avril 1999 ; la résolution 2000/8 sur la promotion de la mise en œuvre du droit à l'eau potable et à l'assainissement, adoptée le 17 août 2000 par la sous-commission sur la promotion et la protection des droits de l'homme, de la Commission des droits de l'homme (ONU), et la Charte européenne de l'eau du 17 octobre 2001.

⁸⁹ J. Sohnle, op. cit., p. 439.

⁹⁰ Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 (art. 25) ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 (art. 11-2) ; Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme de 1988 (art. 12).

⁹¹ N. Brunoni, op. cit., p. 84 ; J. Sohnle, p. 441.

⁹² En France, H. Smets, *L'eau du robinet*, in *Actes séminaires de droit comparé sur l'eau, 2000/2001*, p. 23 ; Y. Jegouzo, idem., p. 31 et F. Vatiron, idem., p. 32 ; B. Drobenko, *Les nouveaux grands principes du droit moderne de l'eau*, *Revista de direito ambiental*, 25, p. 28, spécialement p. 31 et s. Au Brésil, C. Caubet, *A água, a lei, a política... e o meio ambiente ?* Juruiá, 2006, p. 101 ; S. Teles da Silva, op. cit., p. 9 et p. 10 ; E. Viegas, *Saneamento básico, mercantilização e privatização da água*, *R. de Direito Ambiental* n° 40, p. 42.

⁹³ « Les Constitutions de la Belgique, de l'Espagne, des Pays-Bas, du Portugal, du Brésil, du Chili, de l'Indonésie, entre autres, comportent des dispositions reconnaissant le droit à l'eau », B. Teissonier-Mucchielli, op. cit., p. 19.

⁹⁴ JO n° 303 du 31 décembre 2006 p. 20285 et p. 20286.

subventions spécifiques à cette finalité. Cela ne signifie pas d'instaurer la gratuité du service (car ces dépenses seraient assurées par un fonds spécifique ou par le principe de progressivité des tarifs). Le texte qui avait été approuvé par le Sénat présentait au lieu de « acceptables » le mot « supportables »⁹⁵. Cette ancienne version menait d'avantage à la deuxième hypothèse interprétative. Avec l'adjectif « acceptable » la première interprétation risque de s'imposer, et de transformer cette déclaration en un droit à l'eau illusoire.

Cette déclaration d'un droit à l'eau aurait pu être accompagnée de mesures plus concrètes, telles que garantir un minimum de 40 litres d'eau par jour et par habitant⁹⁶ – quantité correspondante à un minimum vital – pour les personnes en situation précaire. Le texte retenu aurait pu tout au moins inscrire pour le service une obligation d'information, en cas d'impayés, des modalités d'application de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 ou de tout autre dispositif pris pour l'application de l'article L. 115-3 du Code de l'action sociale et des familles, et une obligation de maintien d'un débit minimal de fourniture d'eau en cas d'absence d'intervention des services sociaux⁹⁷.

S'il est vrai, comme l'observe Antônio H. Benjamin, que la question environnementale est un défi encore « plus grand pour les pays moins développés, car ils sont obligés de trouver en même temps des solutions leur permettant de sortir de la pauvreté généralisée qui les caractérise et de protéger leurs ressources naturelles »⁹⁸, les services publics de distribution d'eau et d'assainissement doivent être conçus aujourd'hui comme des services locaux essentiels dans l'ensemble des pays de la planète.

Leur bonne prestation dépend de la durabilité environnementale et vice-versa, et la consécration du droit de vivre avec dignité ne deviendra effective que si elle est accompagnée du droit à la santé, du droit à un logement décent, du droit à un environnement équilibré et du droit à l'eau, dont l'universalisation de l'accès aux services n'est qu'une première étape.

⁹⁵ AN, Projet de loi sur l'eau et les milieux aquatiques, Documents législatifs, n° 3303, septembre 2006, p. 3.

⁹⁶ Cf. l'amendement 450. Sénat, session extraordinaire de 2005-2006, Séance du jeudi 7 septembre 2006, JORF du 8 septembre 2006, p. 5548.

⁹⁷ Cf. l'amendement n° 278, *idem.*, p. 5547.

⁹⁸ In A proteção do meio ambiente nos países menos desenvolvidos : o caso da América Latina, Revista de Direito Ambiental n° 0, octobre-décembre 1995, p. 84.

LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE DE MARCHANDISES EN DROIT BRÉSILIEN, EN DROIT FRANÇAIS ET DANS LA CONVENTION DE VIENNE DE 1980*

Iacyr de Aguiar Vieira**

*Contracter, ce n'est pas seulement vouloir,
c'est aussi employer un instrument forgé par le droit¹.*

Le contrat est, avant tout, un acte juridique, un acte volontaire apte à réaliser des effets de droit² et, ainsi défini, il est le *negotium*, qui se distingue de l'acte instrumentaire destiné à l'établir ou à le prouver³.

Comme un acte juridique, le contrat est une institution « sous contrôle »⁴. Le contrôle ici envisagé découle du seul fait que le principe que donne aux accords de volonté la force juridique suffisant à la création d'effets juridiques, dérive, lui-même, d'une norme juridique applicable aux contrats établie par les divers ordres juridiques.

En reprenant les mots de M. Jean-Michel Jacquet⁵ et en les transposant au contrat de vente, on peut dire que la vente, malgré la forte connotation économique qui la caractérise, est un acte juridique par excellence et son analyse doit prendre en compte la circonstance que, « *comme toutes les institutions juridiques* », elle est pourvue d'une 'structure juridique normative', qui n'est pas forcément analogue à « *la structure que lui confèrent spontanément ses auteurs* ».

Le contrat de vente est souvent conclu par un simple accord sur l'objet, le prix et les délais et modalités d'exécution de livraison de marchandises et du paiement du prix, les opérateurs du commerce ne donnant pas beaucoup d'importance aux aspects juridiques de l'opération économique qu'ils réalisent.

* Cet article reprend en partie les études développées dans le cadre de ma thèse de doctorat et constitue une composition spéciale dédiée à la Faculté de Droit de l'Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) à qui je remercie vivement pour les précieux enseignements lors de mon séjour comme étudiante du Programa de Pós-graduação (1994-1997), qui m'ont apporté les fondements nécessaires au développement de mon doctorat en France, ainsi que pour les rapports intellectuels et d'amitiés très fructueux qui sont nés de cette période.

** Bacharel em Direito par l'Universidade Federal do Espírito Santo (1972-1977), Mestre em Direito par la Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Porto Alegre - RS (1994-1997). Docteur en droit de l'Université Robert Schuman - Strasbourg-France (1999-2003). Professeur de droit civil (droit des obligations et des contrats) ainsi que de droit international privé à l'Universidade Federal de Viçosa-MG, Brasil. Stage post-doctoral auprès du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, à Hambourg, Allemagne (Scholarship du Fonds der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der wissenschaftlichen Zusammenarbeit mit dem Ausland pour la période de 1^{er} août au 31 octobre 2007) ; de l'Université de Lausanne et de l'Institut suisse de droit comparé (novembre 2007 au juin 2008). Scholarship de CAPES - Fundação Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, Brasília, Brasil.

¹ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, 9e éd., Paris : Dalloz, 2005, p. 34.

² Jacques Ghestin, La notion de contrat. In *Droits*, 12, 1990, p. 7 -24, spéc. p. 9.

³ Laurent Barnich, *Les actes juridiques en droit international privé : Essai de méthode*, Bruxelles : Bruylant, 2001, p.13.

⁴ Jean-Michel Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Paris : Economica, 1983, p. 79.

⁵ Jean-Michel Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, cit, p. 79.

Par contre, s'il s'agit des secteurs plus actifs de l'économie, surtout dans le cadre des opérations d'import-export, les opérateurs du commerce international formulent généralement leurs contrats avec précision et clarté, en réglementant tous les aspects concernant la vente et en envisageant les cas pathologiques pouvant survenir au cours de l'opération économique⁶ ou en indiquant le droit qui sera appliqué à leur contrat en cas de litige⁷.

En effet, pendant la phase de négociation du contrat, les opérateurs du commerce international pensent, au premier chef, plutôt aux avantages et aux inconvénients qui peuvent être liés aux opérations économiques réalisées et élaborent leur contrat de façon à optimiser leurs objectifs – on peut caractériser cette structure organisée par les parties de *structure factuelle*. Les aspects concernant *l'existence, la validité et l'efficacité* de leurs accords constituent un *corpus normatif individualisé* qu'on peut nommer *structure juridique normative*. Cette structure normative peut être établie par avance, à travers le contrat comme un *acte instrumentaire* – dans les hypothèses prévues par la loi ou envisagées par les parties – ou parfois déterminée lors de l'apparition de problèmes d'ordre pratique, par le recours à une loi déterminée⁸.

La détermination de la loi applicable au contrat de vente internationale est toujours l'une des principales difficultés qui se posent aux parties contractantes. Liée à une pluralité d'ordres juridiques, la vente internationale peut être confrontée à plusieurs régimes juridiques différents⁹. Les incertitudes dues aux divergences des législations nationales qui ne visent que les intérêts nationaux, la complexité et l'incertitude de la méthode des conflits pour déterminer le droit applicable¹⁰, constituent autant d'obstacles à un bon fonctionnement des relations économiques internationales¹¹.

⁶ Comme le relèvent Natasha Seghers et Francis Walschot, Les contrats type en rapport avec la CVIM, In : *Revue de droit des affaires internationales*, N° 3-4, 2001, p. 415-463 : « afin de remédier au fait que, lors de la conclusion du contrat, les parties attachent trop peu d'importance aux clauses « purement juridiques » de leurs contrats alors qu'elles souhaitent mener à bien leur opération commerciale en toute sécurité, plusieurs institutions et organismes internationaux se sont imposés comme but d'établir des modèles de contrats de vente ou de conditions générales de vente ». Les auteurs citent, à ce propos, les conditions générales de vente élaborées par l'ORGALIME (Liaison Group of the European Mechanical, Electrical, Electronic and Metalworking Industries), la Commission économique pour l'Europe de l'ONU et la Chambre de Commerce Internationale (CCI). D'autres organismes professionnels édictent des conditions générales, tels que Grain and Feed Trade Association (GAFTA) et la Federation of Oil Seeds and Fats Associations (FOSFA).

⁷ On relève l'importance de l'autonomie de la volonté des parties pour le choix de la loi ou du droit applicable aux contrats internationaux, reconnue par la majorité des systèmes juridiques d'actualité. Sans rentrer ici dans les détails que cette discussion comporte, on regrette le fait qu'au Brésil la jurisprudence étatique n'a pas encore eu l'occasion de trancher la question de savoir si les parties peuvent choisir la loi ou le droit applicable à leurs rapports contractuels, hors des litiges soumis à l'arbitrage.

⁸ On remarque les considérations avancées à cet égard par Vincent Mercier, Le point de vue du vendeur : propos d'un praticien, dans *Droit et pratique du commerce international*, 1989, Tome 15, n° 4, p. 564-572 et par B. Thomas, Le point de vue de l'acheteur : propos d'un praticien, dans *Droit et pratique du commerce international*, 1989, Tome 15, n° 4, p. 573-580.

⁹ Ernest Rabel, *Projet de loi uniforme concernant la vente internationale de marchandises*, Roma : Unidroit, 1947, p. 4-16, spéc. p. 4. Ole Lando, *L'avenir du droit des contrats*, Recueil Dalloz, 2008, n° 13, p. 904.

¹⁰ Ernest Rabel, *Projet de loi uniforme concernant la vente internationale de marchandises*, cit., p. 4.

¹¹ Voir à ce sujet, Enzo Roppo, *Il Contratto*, Bologna : Il Mulino, 1977. Voir également Jacques Ghestin, Le contrat en tant qu'échange économique, *Revue d'économie industrielle*, n° 92, 2e et 3e trim. 2000, n° 8, p. 85, et Jacques Ghestin, La notion de contrat au regard de la diversité de ses éléments variables, dans *Rapport de synthèse aux Journées Nationales H. Capitant*, Nantes, Paris : LGDJ, 2001. Ole Lando, *L'avenir du droit des contrats*, cit., p. 904.

Le Brésil n'a pas encore adhéré à la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, adopté à Vienne le 11 avril 1980, lors de la 97^e Conférence diplomatique des Nations Unies¹², généralement connue sous l'appellation Convention de Vienne de 1980¹³.

La France, comme d'autres partenaires commerciaux importants du Brésil, tels l'Allemagne, la Chine et les Etats-Unies, est partie à cette Convention internationale¹⁴ qui est passible de s'appliquer au Brésil par le jeu des règles de conflit de lois. En effet, l'article 1.1. b) de la Convention de Vienne prévoit cette possibilité et les règles de l'article 9^o de la Loi d'Introduction au Code Civil brésilien (LICC)¹⁵ la corroborent¹⁶.

De ce fait, il est intéressant d'analyser les règles concernant la formation du contrat dans les droits brésilien et français et dans la Convention de Vienne, surtout lorsqu'on sait que les rapports commerciaux entre la France et le Brésil s'accroissent de plus en plus et que le Brésil n'a pas encore adhéré à cet instrument juridique important du commerce international qui couvre, à l'heure actuelle, 66% environ des opérations internationales de vente de marchandises¹⁷.

Dans leurs rapports commerciaux avec la France, les partenaires brésiliens vont se trouver confrontés à la possibilité d'application de la Convention de Vienne, qui fait partie du droit français et comme tel sera applicable lorsque les règles de droit international privé brésilien s'en remettent à l'application du droit français, surtout au moment de la formation du contrat. Cette possibilité est ouverte par le chapeau de l'article 9^o de la LICC qui, en adoptant la règle *locus regit actum*, prévoit l'application de la loi du lieu où les obligations ont été constituées, comme étant la *lex loci contractus*.

La liberté des parties est privilégiée dans la Convention de Vienne qui, par son article 6, ouvre aux parties la possibilité d'écarter son application, en totalité ou en partie, ou de modifier les effets de la plupart de ses dispositions. Dans cette hypothèse, le droit brésilien ou le droit français interne trouvent application si le contrat est constitué dans l'un ou dans l'autre pays, soit par le choix des parties, soit par le jeu des règles de conflit de lois.

Le droit brésilien, ainsi que le droit français et la Convention de Vienne, ont adopté la conception civiliste de formation du contrat reposant sur le modèle classique de la rencontre de l'offre et de l'acceptation.

¹² Compte rendus analytiques – Séances plénières, p. 245 (A/CONF.97/SR.1). Les Travaux préparatoires, ainsi que les Actes de la Conférence diplomatique sont publiés par l'ONU : United Nations, General Assembly, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March 1980, *Text of Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods approved by the United Nations Commission on International Trade Law together with a commentary prepared by the Secretariat*, Vienna, 1980, p. 7. (A/CONF.97/5 14 March 1979).

¹³ On utilise cette expression abrégée et également les sigles CVIM ou CISG pour désigner cette importante Convention.

¹⁴ A l'heure actuelle, 70 Pays, appartenant à différents systèmes juridiques économiques et géographiques sont des Etats contractants de la Convention de Vienne. Pour l'état des ratifications et d'adhésions, voir le site Internet de la CNUDCI ou UNCITRAL.

¹⁵ Décret-Loi n° 4.657, du 4 septembre 1942, encore en vigueur.

¹⁶ Pour une analyse de l'applicabilité de la Convention de Vienne au Brésil, voir, pour tous, Iacry de Aguiar Vieira, *La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et son applicabilité au Brésil*. Tese de Doutorado, Strasbourg : Université Robert Schuman, 2003. Voir également Lauro Gama e Souza Jr., *A Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias – 1980: essa grande desconhecida*, In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, 9 (2006), p. 134-149.

¹⁷ Franco Ferrari, *Contrat de vente internationale – Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 2^e éd. Bâle : Helbing & Lichtenhahn, Bruxelles : Bruylant, Paris : Forum Européen de la Communication, 2005, Préface

Cette conception de formation du contrat s'applique aux contrats en général. Le Code civil brésilien, Loi n° 10.406, du 10 janvier 2002, a unifié le droit des obligations et désormais atténué d'une certaine manière la distinction entre les contrats civils et les contrats commerciaux, surtout avec la dérogation de la première partie du Code de commerce de 1850¹⁸.

La Convention de Vienne, elle aussi, ne trace pas de distinction entre la nature civile ou commerciale des contrats soumis à ces normes¹⁹.

Par contre, le droit français établit une distinction nette entre les contrats civils et commerciaux et préconise dans l'article 1107 que « *Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre* ». Selon la partie finale de l'article, « *Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce* ». De ce fait, le droit des obligations établi par le Code civil français, s'applique aux contrats civils et commerciaux.

En ce qui concerne la nature des contrats soumis aux règles de la Convention de Vienne, on voit par la jurisprudence née de son application que la plupart des opérations de vente internationale ont trait au commerce, donc, elles sont représentées par des contrats commerciaux. Les rapports contractuels civils constituent une minorité dans l'application de la Convention de Vienne, surtout lorsqu'on constate que la plupart des opérations entre les civils constituent des opérations concernant une partie faible ou s'agissant des ventes d'objets à un usage personnel, qui ne sont pas couvertes par la Convention de Vienne²⁰ et qui normalement font l'objet d'une réglementation spéciale, notamment d'ordre public²¹.

La liberté octroyée aux parties contractantes dans le cadre de formation de leurs rapports contractuels, surtout lorsque les opérations économiques sont conclues sans un *instrumentum*, peut donner lieu à la question de savoir à quel moment les contrats sont conclus et même s'ils ont été conclus.

Les négociations contractuelles qui se développent entre présents peuvent aboutir à la conclusion instantanée du contrat par les échanges successifs et immédiats de l'offre et de l'acceptation et ne soulèvent pas de difficultés.

En ce qui concerne les contrats formés *ex intervallo temporis*²², les négociations peuvent se développer dans l'espace et dans le temps. Cependant, la durée des négociations et l'échange fréquent de documents peuvent développer une situation de conflit sur la détermination du moment de la conclusion et sur l'existence du contrat. Les différents moyens utilisés par les parties dans les négociations commerciales, donnent lieu à des interprétations qui ne sont pas souvent uniformes.

¹⁸ La littérature brésilienne à propos de l'unification du droit des obligations par le nouveau Code est abondante. On remet toutefois à la lecture de Arnold Wald et Camille Jauffret-Spinozi (directeurs), *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Paris : Société de Législation Comparée, 2005 et également, Iacyr de Aguiar Vieira et Gustavo V. da Costa Cerqueira, L'influence du Code de commerce français au Brésil: Quelques remarques sur la commémoration du bicentenaire du Code français de 1807, In : RIDC, n° 1, janvier-mars 2007, p. 27-78.

¹⁹ Art 1, 3. CVIM.

²⁰ Art. 2 alinéa a CVIM.

²¹ Loi n° 8.078, du 11 septembre 1990 (CDC) au Brésil et le Code de la consommation en France.

²² Manistela BASSO, *Contratos Internacionais do Comércio*, Negociação, Conclusão, Prática, Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 1994, p. 24 et 96.

Pour ces raisons, il est intéressant d'introduire une distinction entre les expressions "formation" et "conclusion" du contrat qui correspondent à deux étapes différentes d'une même opération²³. La formation du contrat correspond à la phase de négociations en vue d'aboutir à la conclusion d'un contrat.

Cette distinction est importante car, une fois le contrat conclu, les effets qui se produiront seront de nature contractuelle et les hypothèses d'inexécution ou de mauvaise exécution sont déjà envisagées par la loi ou le contrat. Mais, si les parties n'arrivent pas à conclure le contrat, les conséquences d'une rupture peuvent entraîner la responsabilité des parties qui peut être, selon les différents droits nationaux, de nature précontractuelle (*culpa in contrahendo*) ou de nature délictuelle²⁴. Dans ce dernier cas, le régime de réparation des dommages est également déterminé par les règles du système juridique national applicable à la résolution du litige²⁵.

L'appréciation de la validité du contrat ou de ses clauses constitue l'une des matières exclues de la Convention de Vienne²⁶. Mais la question de savoir si le contrat a été conclu est importante en ce qui concerne la détermination de l'existence du contrat et la détermination du moment où le contrat est apte à produire des effets.

La phase de formation du contrat est constituée par l'ensemble des actes pratiqués par les parties intéressées à l'obtention d'un échange de consentements. Dans ce contexte, la règle de la bonne foi joue un rôle considérable.

Au Brésil, la règle de la bonne foi en matière contractuelle a été consacrée expressément par le nouveau Code civil²⁷ et ce, par une disposition selon laquelle les parties sont tenues de se comporter de bonne foi tout au long de la relation contractuelle²⁸.

²³ Francesco Messineo, *Il contratto in genere*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 292.

²⁴ Voir Marcel Fontaine, Les lettres d'intention dans la négociation des contrats internationaux, In : *Droit et pratique du commerce international*, vol. 3, 1977, p. 73 ; Voir également, Bertrand De Coninck, Le droit commun de la rupture des négociations précontractuelles, In : *Le processus de formation du contrat : contributions comparatives et interdisciplinaires du droit européen* (sous la direction de Marcel FONTAINE), Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 2002, p. 17-137, ainsi que Johanna Schmidt, Les lettres d'intention, In : *Revue de droit des affaires internationales*, N° 3 / 4, 2002, p. 257-270 et Christian Larroumet, *Droit civil, Les Obligations, Le Contrat*, 2^e partie, Effets. tome III, 6^e éd., Paris : Economica, 2007.

²⁵ Dans ce sens, voir, Vincent Heuzé, La formation du contrat selon la CVM : quelques difficultés, In : *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3 / 4, 2001, p. 277 – 291. En droit brésilien voir : Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, 10^e ed., Rio de Janeiro : Editora Forense, 1996, n° 188, p.19. Voir également, Judith Martins-Costa, As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional : os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial, In : *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 10, julho 1994, Porto Alegre, p. 39-55, et Patricia Bezerra de M. Galindo Da Fonseca, Formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias, In : *Revista de Direito Mercantil*, vol. 114, abril-junho 1999, p. 146-160.

²⁶ Art. 4, (a) CVM.

²⁷ La littérature brésilienne sur le principe de la bonne foi est déjà significative. On relève les études développées avant l'entrée en vigueur du Code civil de 2002, par le Professeur Clóvis V. do Couto E Silva, O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português, In : *Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português*, São Paulo, 1986, et par Judith Martins-Costa, *A Boa-fé no Direito Privado*, São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999. V. Judith Martins-Costa, O Novo Código Civil Brasileiro : em busca da " Ética da Situação ", In : *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 20, Outubro/2001, p. 211- 260, spéc., p. 249-240. Iacyr de Aguiar Vieira, Deveres de Proteção e Contrato, *Revista dos Tribunais*, n° 761, São Paulo, Março de 1999, p. 68-93. Voir également, pour une lecture sur le principe après l'entrée en vigueur du Code civil de 2002, Judith Martins-Costa, O novo Código civil brasileiro : em busca da ética da situação, In : Judith Martins-Costa et Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87-168. Voir également : Judith Martins-Costa, A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos Modelos de Miguel Reale), In : Judith Martins-Costa et Gerson Luiz Carlos Branco, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, cit., p. 187-226.

²⁸ Art. 422 du Code civil brésilien.

Selon la doctrine, l'obligation de se conduire de bonne foi est imposée aux parties contractantes à partir du moment où commencent les *pourparlers*. La conception objective du '*rapport d'obligation*' impose aux parties un comportement *standardisé* et l'accomplissement de certains devoirs, dont le devoir de loyauté lors des négociations préliminaires²⁹.

Dans le cadre de cette exposition, nous prenons le parti d'analyser des aspects de la liberté contractuelle en ce qui concerne la formation du contrat qui sont privilégiés par le droit de la vente civile et commerciale, dans les systèmes analysés (I), ainsi que le régime juridique auquel peuvent être soumis les contractants au moment de la formation du contrat (II).

I - La liberté contractuelle lors de la conclusion du contrat de vente

La liberté contractuelle en droit brésilien, comme en droit français, trouve son origine dans le principe de l'autonomie de la volonté. L'importance d'une analyse approfondie des aspects philosophiques du principe d'autonomie de la volonté est reconnue et démontrée par les nombreuses études qui lui sont dédiées³⁰. Toutefois, dans cette étude, notre attention se portera sur le principe d'autonomie en tant que principe du droit des contrats, déterminant pour la formation du contrat.

Les expressions *autonomie de la volonté* et *autonomia privada*, sont utilisées respectivement par le droit français et par le droit brésilien, pour dénommer le pouvoir conféré par la loi aux particuliers de se doter de règles en vue de réglementer leurs relations juridiques.

En France, on utilise l'expression *autonomie de la volonté* ou *loi d'autonomie*. Comme l'a souligné Emmanuel Gounot, « *C'est cette efficacité juridique propre du vouloir individuel que l'on désigne sous le nom d'autonomie de la volonté. Cette expression qui, depuis vingt ans, pénètre de plus en plus dans la littérature juridique française, n'est peut-être pas à l'abri de toute critique. Nous en servirons cependant, car elle exprime, en somme, mieux que toute autre, ce qu'il s'agit d'exprimer, à savoir le rôle de la volonté comme organe créateur du droit* »³¹.

Au Brésil, on utilise l'expression *autonomia da vontade* pour désigner le pouvoir conféré par la loi aux particuliers de stipuler le contenu, la forme et les effets de leurs contrats. L'expression *autonomia negocial* est également utilisée pour définir le "*négoce juridique*" comme étant un acte et un instrument de *l'autonomie privé*, entendu comme un pouvoir d'auto-

²⁹ Judith Martins - Costa, As cartas de intenção no processo formativo da contratação internacional : os graus de eficácia dos contratos e a responsabilidade pré-negocial, cit. p. 39 et s.

³⁰ Pour les aspects philosophiques du principe, un grand nombre d'études sont déjà classiques : Emmanuel Kant, *L'éléments métaphysiques de la doctrine du droit* (1796), trad. Bami, 1853 ; Raymond Saleilles, *De la déclaration de volonté*, Paris : Pichon, 1901 ; Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé* : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique [Thèse, Dijon], Paris : A. Rousseau, Editeur, 1912 ; Michel Villey, *Essor et décadence du volontarisme juridique, Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris : Dalloz, 1962, p. 271 et s. ; Alfred Rieg, *Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle*, *Archives de philosophie du droit*, 1957, p. 125 et s. ; P. Hebraud, *Rôle respectif de la volonté et des éléments dans les actes juridiques*, *Mélanges Mawry*, t. II, p. 419 et s. ; P. Roubier, *Le rôle de la volonté dans la création des droits et des devoirs*, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 4, Sirey, Paris, 1957 ; Francisco dos S. Amaral Neto, *A autonomia privada, Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correa*, II, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Número Especial, Coimbra, 1989 ; Francesco Calasso, *Autonomia (Premessa Storica)*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, Giuffrè Editore, Milano, 1959, p. 349 ; Salvatori Pughatti, *Autonomia Privata*, *Enciclopedia del Diritto*, vol. IV, Milano, 1959, p. 366 - 369. Voir aussi, l'ouvrage dédié au Prof. Alfred Rieg, *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Etudes à la mémoire du professeur Alfred Rieg (Avant propos de J.-M. Bischoff), Bruxelles : Bruylant, 2000, qui atteste l'actualité du sujet.

³¹ Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, cit. p. 3.

réglementation des rapports privés, pouvoir de créer des normes juridiques, pouvoir conféré par le droit aux parties contractantes d'établir les normes de leurs contrats³².

Cette liberté est conférée également aux particuliers, par la plupart des systèmes juridiques, pour le choix du régime de biens lors de la célébration du contrat de mariage et dans le domaine du droit des successions, lors de l'établissement des testaments. E. Gounot observe que « *entendu au sens strict, le principe d'autonomie de la volonté n'embrasse pas, dans son champ d'application, toutes les libertés de l'individu protégées par le droit, mais seulement celles qui, comme la liberté testamentaire et la liberté des conventions, se manifestent par la production directe d'effets juridiques positifs* »³³.

En matière contractuelle, l'autonomie de la volonté se manifeste au travers de son principal corollaire, la liberté contractuelle, qui comporte une double dimension : celle du fond et celle de la forme³⁴.

En ce qui concerne le fond, la liberté contractuelle se traduit à la fois par les grandes libertés octroyées aux contractants, celle de conclure ou non des contrats et ce, avec la personne de son choix, et celle de déterminer le contenu de leur contrat³⁵. On ajoute encore la possibilité de créer de nouveaux types contractuels comme cela se vérifie aisément dans la pratique des affaires.

M. Philippe Malaurie jette un regard approfondi sur le principe de la liberté contractuelle pour conclure qu'au-delà de la notion de principe, la liberté contractuelle est la vie même du contrat ; selon l'auteur, la liberté contractuelle est la « *réalité vivante des contrats* », clairement manifestée par la création et la circulation de nouveaux types contractuels, selon les mutations économiques et sociales et l'état de la technique³⁶.

Bien que la définition du contrat soit dans le sens de la consécration du principe d'autonomie - le contrat est présenté traditionnellement dans la plupart des systèmes juridiques comme une « manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit » - , les limites à l'utilisation de ce principe l'accompagnent toujours de très près.

En droit interne, les contrats et les obligations qu'ils engendrent, sont soumis par l'ensemble des systèmes contemporains, sous des modalités diverses, au principe de la liberté contractuelle, dans les limites imposées par la loi, l'ordre public et les bonnes mœurs.

Conformément à l'article 1134 du Code civil français : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ».

Ainsi, le consentement doit être libre et éclairé - s'il s'entache d'un vice - erreur, dol, violence il est noyé par la nullité (Code civil, art. 1109 s.). La rencontre des volontés libres et éclairées devait en principe conduire à des résultats justes. La lésion n'est pas, en effet, en elle-même, sauf hypothèses particulières - cause de nullité (art. 1118)³⁷.

³² Francisco dos S. Amaral Neto, A autonomia privada, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, cit., p. 213. Francisco dos S. Amaral Neto, A Liberdade de Iniciativa Económica. Fundamento, natureza e garantia constitucional, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 23 n° 92 out/dez. 1986, p. 212-213.

³³ Voir Emmanuel Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, cit. p. 5.

³⁴ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit., p. 31.

³⁵ Comme l'a fait observer Jacques Ghestin, *La Formation du contrat*, *Traité de droit civil* (sous la direction de Jacques Ghestin), 3^e éd., Paris : LGDJ, 1993, p. 35, la thèse de E. Gounot "a mis en lumière les trois grands principes destinés à régir le droit du contrat et dérivés du concept d'autonomie de la volonté : la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat et son effet relatif".

³⁶ Philippe Malaune, Le droit civil français des contrats à la fin du XX^e siècle, *Mélanges Michel Cabrillac*, Paris : Dalloz/Latex, 1999, p. 187-203.

³⁷ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 34.

Au consentement d'une partie qui s'oblige, les rédacteurs du Code civil ont ajouté d'autres exigences : sa capacité de contracter ; un objet certain qui forme la matière de l'engagement et une cause licite dans l'obligation³⁸. L'objet et la cause, « *donnent au contrat son ossature et aux agents de l'ordre juridique le moyen de vérifier que les intérêts particuliers y sont équitablement conciliés et l'intérêt général sauvegardé* »³⁹. En effet, selon l'article 1131 du Code civil : « *L'obligation sans cause ou sur une fausse cause ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* ».

Comme le remarquent les auteurs⁴⁰, cette disposition porte une double réalité :

« 1 – en affirmant que la cause doit exister, les rédacteurs du Code civil entendent marquer que toute obligation doit avoir une raison – ce qui constitue un moyen de faire régner un minimum d'équité entre les parties ». Les auteurs ont, par ailleurs, recours à la citation de Portalis dans le Discours Préliminaire : « *il n'y a de cause dans la vente que lorsque le prix est en proportion avec la valeur de la chose vendue* ».

« 2 – en affirmant que la cause doit être licite, les rédacteurs du Code civil marquent nettement que la volonté contractuelle ne saurait méconnaître l'utilité et la moralité publiques. La rencontre des volontés n'est donc pas efficace en tant que telle et à elle seule. Le contenu du contrat est tout aussi essentiel à la validité du contrat »⁴¹.

En analysant le Code civil des Français, on remarque qu'il comporte une structure qui permet un ajustement aux différentes modifications apportées au droit par les mouvements économiques, politiques et sociaux depuis son élaboration. Bien qu'il ne comporte pas la technique des clauses générales, telle qu'adoptée par les législateurs du Code civil brésilien de 2002, les législateurs Code civil français « *ont donné au contrat une ossature que permet aux agents de l'ordre juridique de vérifier que celui-ci respecte les intérêts des parties comme ceux des tiers et de la collectivité* »⁴².

Les applications récentes de l'article 1101 du Code civil français - « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* » - démontrent les limites à la liberté contractuelle surtout en ce qui concerne le respect des droits de l'homme. Conformément aux notes sur l'article 1101, contenues dans le Code civil français, « *aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle* »⁴³. « *Cependant, le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789* »⁴⁴.

En droit français, l'ordre public impose également des limites à la liberté contractuelle, dans la mesure où des règles de concurrence, de droit commun ou de droit de la consommation sont affectées. Les articles L.420-2 et L.442-6B du Code de commerce français « *proscrivent tout usage de la force d'achat d'une entreprise pour imposer à des fournisseurs ou des prestataires des conditions*

³⁸ Code civil, art. 1108.

³⁹ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p.34

⁴⁰ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 34-35.

⁴¹ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 35.

⁴² François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 38.

⁴³ Conseil constitutionnel, 3 août 1994 : JCP 1995. II. 22404, note Broussolle ; D. 1995. Somm. 351, obs. Gaïa ; RTD civ. 1996, 151, obs. Mestre. 20 mars 1997 : JO 26 mars ; D. 1999, Somm. 234, obs. Favoureu ; JCP 1997 I. 4039, n° 1 s., obs. Fabre-Magnan ; ibid. 4066, n° 16, obs. Mathieu et Verpeaux.

⁴⁴ Conseil constitutionnel, 10 juin 1998 : JO 14 juin ; RTD civ. 1998, 796, obs. Molfessis ; ibid. 1999, 78, obs. Mestre ; JCP 1998. I. 179, n° 14, obs. Mathieu et Verpeaux. Voir aussi, Conseil constitutionnel, 13 janv. n° 99-423 DC : JO 20 janv. ; JCP 2000. I. 261. n° 17, obs. Mathieu et Verpeaux. 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC : JO 18 janv. ; D. 2003. Chron. 638, par Mathieu ; RDC 2003 9, obs. Revet.

commerciales injustifiées, pouvant aboutir à la qualification d'abus de position dominante sanctionnée en droit interne et communautaire »⁴⁵.

Le Code civil brésilien de 2002, à son tour, présente une nouvelle règle, celle concernant la fonction sociale du contrat, absente du Code civil de 1916. Selon l'article 421, « *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato* ». On ajoute encore les directives adoptées par le Code civil de 2002 : la sociabilité, l'opérationnalité et l'équité⁴⁶ et d'autres nouveaux principes contractuels : la bonne foi objective et l'équilibre économique du contrat, également absents du Code civil de 1916, mais connus de la doctrine ainsi que de la jurisprudence, surtout par l'application du Code de protection au consommateur.

On voit, dans ces dispositions législatives, l'expression de la liberté des conventions et des exemples de contrôle de cette liberté par le juge ; dans la loi brésilienne la nouvelle contrainte imposée à la liberté contractuelle : la *fonction sociale du contrat*, qui, comme un concept indéterminé, ouvre une large marge d'appréciation par le juge et qui prendra des contours divers selon les différents cas soumis à l'appréciation judiciaire et la loi française. La Convention européenne de droits de l'homme, ainsi que la précédente Déclarations des droits de l'homme et du citoyen de 1789, sont des bornes utilisées à l'heure actuelle pour éviter des abus en matière contractuelle.

Dans cette étude, nous prenons le parti d'analyser la forme des actes dans la formation du contrat de vente (A) ainsi que les différentes modalités mises à la disposition des opérateurs du droit en ce qui concerne l'interprétation des actes pouvant donner naissance au contrat de vente (B).

§ 1 – 'La forme des actes' dans la formation du contrat de vente

En ce qui concerne la forme, la liberté est la règle générale. La liberté contractuelle postule le contractualisme, c'est-à-dire, « *l'échange des consentements suffit à la conclusion du contrat. Peu importe la forme dans laquelle il est constaté. La volonté ne serait plus souveraine si son efficacité était subordonnée au respect d'un certain formalisme* »⁴⁷.

La liberté contractuelle est privilégiée par le droit brésilien et par le droit français en ce qui concerne la forme des contrats, surtout en matière civile et commerciale.

En droit brésilien, les manifestations de volonté n'obéissent pas à une règle spéciale de forme⁴⁸. Le principe de la liberté de la forme est adopté en ce qui concerne la vente de biens mobiliers, dont le contrat est un acte qui fait naître pour le vendeur l'obligation de transférer la propriété par la tradition. L'écrit est exigé à des fins de preuve à partir d'une valeur équivalente à dix fois la valeur du plus haut salaire minimum en vigueur dans le pays⁴⁹ et dans les ventes de biens immobiliers, dont le transfert de la propriété est opéré par la transcription du titre d'acquisition dans le cadastre immobilier du lieu où le bien est situé⁵⁰.

⁴⁵ Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, In : *Revue du droit des affaires internationales*, N° 1, 2008, p. 13.

⁴⁶ Pour une lecture succincte et très précise à cet égard, en langue française, voir Arnaldo Wald, Le droit civil brésilien, In : *Recueil Dalloz* 2007 - n° 17, p. 1192.

⁴⁷ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 32.

⁴⁸ Art. 107 du Code civil brésilien.

⁴⁹ Art. 227 du Code civil brésilien.

⁵⁰ Pour une lecture en langue portugaise sur les modes et formes de transférer la propriété dans les différents systèmes juridiques, voir, Iacyr de Aguiar Vieira, A compra e venda e a transferência da propriedade: modelos causais e abstratos, In : *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 761, 1999, p. 68-93.

En droit français, le contrat de vente n'est soumis à aucune règle ou condition de forme⁵¹. L'écrit exigé à des fins de preuve à partir de 1500 euros ne s'applique pas en matière commerciale⁵².

En ce qui concerne la Convention de Vienne, le principe de la liberté contractuelle est établi par l'article 6 et le principe de la liberté de forme, expressément posé par l'article 11 CVIM - sauf dans les hypothèses où les Etats contractants ont émis la réserve permise par l'article 96 CVIM.

Dans la Convention de Vienne, les dispositions contenues dans le Chapitre II de la Convention qui présentent des dispositions générales, donnent des traces suffisamment claires pour la compréhension de ce fait : le caractère international du contrat, les indications et les comportements des parties, les usages du commerce international et la liberté de forme sont des indications précises de la liberté contractuelle (articles 11 à 13 de la CVIM).

Selon l'article 11, la vente n'est soumise à aucune condition de forme et la conclusion du contrat, donc, n'exige pas un écrit, pouvant être prouvé par tous les moyens, y compris par témoins. La Convention permet de déroger à l'absence de formalisme (art. 12 CVIM), « ... dès lors qu'une des parties a son établissement dans un Etat contractant qui a fait une déclaration conformément à l'article 96 CVIM »⁵³.

Selon l'article 13 CVIM, sont considérées comme « écrites » les communications adressées par télégramme ou fax. On peut comprendre par là les communications par voie électronique. L'importance d'une analyse des rapports entre la Convention de Vienne et le commerce électronique est évidente et le CISG-AC, abréviation du Advisory Council of the United Nations Conventions on Contracts for the International Sale of Goods⁵⁴, a été consulté sur les problèmes concernant les communications électroniques dans le cadre d'application de la Convention et une *opinion* a été rendue le 15 août 2003⁵⁵.

Comme le fait observer un auteur, « La CVIM présente l'avantage de la simplicité : aucune forme n'est requise, tous les moyens de communication modernes peuvent être utilisés quel que soit le montant du contrat. La nullité du contrat ne sera jamais encourue en cas d'absence d'écrit »⁵⁶.

⁵¹ Code civil, art. 1583. Pour une lecture à propos du droit français de la vente, en langue portugaise, voir : Iacyr de Aguiar Vieira, A compra e venda no direito francês, Monographie présentée dans le cadre de la disciplina Direito Comparado, Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 1994.

⁵² Code civil, art. 1341 et Code de commerce, art. L 110-3, cités par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, In : *Revue de droit des affaires internationales*, n° 6, 2005, p. 817-825, sp. p. 817.

⁵³ Article 96 CVIM : « Tout Etat contractant dont la législation exige que les contrats de vente soient conclus ou constatés par écrit peut à tout moment déclarer, conformément à l'article 12, que toute disposition de l'article 11, de l'article 29 ou de la deuxième partie de la présente Convention autorisant une forme autre que la forme écrite pour la conclusion, la modification ou la résiliation amiable d'un contrat de vente, ou pour toute offre, acceptation ou autre manifestation d'intention, ne s'applique pas dès lors que l'une des parties a son établissement dans cet Etat ».

⁵⁴ Il s'agit d'une initiative privée qui s'est fixé comme objectif répondre aux questions émergentes et les controverses concernant l'interprétation de la Convention de Vienne. Ce groupe est composé par des experts en la matière.

⁵⁵ CISG-AC, Opinion no I, Electronic Communications under CISG, In: *IHR- International Handelsrecht*, 5/2003, Dokumentation, September 2003, p. 243-252.

⁵⁶ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 817.

On remarque que la nullité ou la validité des clauses du contrat et du contrat lui-même, ainsi que le transfert de propriété, ne sont pas réglementés par la Convention de Vienne, comme le prévoit son article 4, alinéa *a*.

Le législateur brésilien de 2002 n'a pas consacré de réglementation aux contrats conclus par voie électronique. Au Brésil, deux projets de loi sur le droit du commerce électronique sont en cours d'analyse auprès du Sénat fédéral, portant notamment sur la signature électronique et la prestation de services de certification électronique⁵⁷ et un projet de loi sur le commerce électronique basé sur la Loi type de la CNUDCI⁵⁸. Une " Medida Provisoria " (MP n° 2. 200-2, de 24 août 2001, et ses rééditions) sur la validité juridique du document électronique et de signature électronique sur le certificat digitale et normes sur le commerce électronique, est toujours en vigueur.

En France, la conclusion du contrat par la voie électronique est régie par le Code civil qui a introduit un Chapitre VII – Des contrats sous forme électronique, introduit dans le Titre III du Livre III du Code Civil français, par l'Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 - art. 1 I, III JORF 17 juin 2005. Ce chapitre, composé de quatre sections contenant l'article 1369-1 à l'article 1369-11, réglemente la conclusion du contrat par la voie électronique, présentant également des éléments concernant la forme des actes.

Selon l'article 1369-10 du Code civil français, « *Lorsque l'écrit sur papier est soumis à des conditions particulières de lisibilité ou de présentation, l'écrit sous forme électronique doit répondre à des exigences équivalentes* ». Il présente une autre règle de forme, selon laquelle, « *L'exigence d'un formulaire détachable est satisfaite par un procédé électronique qui permet d'accéder au formulaire et de le renvoyer par la même voie* ».

§ 2 – L'interprétation des actes pouvant donner lieu à la formation du contrat

En droit français, les articles 1156 à 1164 établissent des règles sur l'interprétation des conventions. On remarque celle préconisée par l'article 1156 : « *On doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes* ». De cet effet, on conclut que l'intention de celui qui adresse son offre paraît plus importante que la perception de cette offre par son destinataire⁵⁹. Les autres règles d'interprétation que nous considérons très importantes en droit français et qui peuvent être appliquées en matière de formation et conclusion du contrat sont celles prévues à l'article 1158 : « *Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la matière du contrat* » et à l'article 1159 : « *Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé* ».

En ce qui concerne l'utilisation du principe de la bonne foi en droit français des contrats, on remarque les observations présentées par la doctrine⁶⁰ : une application du principe sous une forme négative en bannit son contraire, la mauvaise foi. Cette méthode « *vise ainsi le contractant qui viole ses engagements formellement exprimés, mais aussi celui qui fait naître*

⁵⁷ Projeto de Lei n° 7.316/2002, Exposição de Motivos n° 53.

⁵⁸ Projeto de Lei n° 4.906, de 26 de setembro de 2001.

⁵⁹ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 817.

⁶⁰ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 46 et s. p. 47.

chez son partenaire une attente dont il sait qu'elle ne trouvera pas de réponse – on se rapproche ainsi positivement de la bonne foi – laquelle impose certains devoirs aux contractants ». Ces devoirs consistent dans le devoir de loyauté (lors de la négociation, de la conclusion et de l'exécution du contrat) ; le devoir de coopération (surtout dans le contrat de société et les contrats de longue durée) et le devoir de collaboration (devoir d'avertir l'autre, en cours de contrat, des événements qu'il a intérêt à connaître et à faciliter l'exécution de celui-ci)⁶¹.

La chambre commerciale de la Cour de cassation, par un arrêt récent⁶² a précisé « la portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle. Elle le fait sur le fondement d'une distinction entre les simples prérogatives contractuelles, dont l'usage déloyal peut être sanctionné sur le fondement de l'article 1134, alinéa 3, du code civil, et la substance même des droits et obligations nés du contrat, qui ne peut quant à elle être remise en cause sans violation du premier alinéa du même texte »⁶³.

Selon le commentaire à cet arrêt, « en jurisprudence, la solution est inédite. Le manquement à la bonne foi, qui est ordinairement sanctionné par la responsabilité civile du contractant de mauvaise foi (V. par ex. Cass. com., 8 mars 2005, Bull., n° 44), peut certes trouver une autre sanction dans la neutralisation de la stipulation mise en œuvre et il existe sur ce point une jurisprudence désormais classique en matière de clause résolutoire (V. not. Cass. 1^{ère} civ., 16 février 1999, Bull., n° 52). Jamais, cependant, les juges n'étaient allés aussi loin que l'avait fait la cour d'appel dans l'arrêt censuré. Celui-ci avait en effet retenu que, compte tenu des circonstances, le créancier ne pouvait, "sans manquer à la bonne foi, se prétendre créancier", ce qui revenait à neutraliser la créance elle-même. C'est donc cette vision extrême du rôle de la mauvaise foi que condamne la chambre commerciale : le créancier, même de mauvaise foi, reste créancier et le juge ne peut, au seul motif que la créance a été mise en œuvre de mauvaise foi, porter atteinte à l'existence même de celle-ci en dispensant le débiteur de toute obligation »⁶⁴.

En droit brésilien, à côté des canons d'interprétation dégagés par la doctrine, le Code civil énonce certaines règles d'interprétation des déclarations ou des manifestations de volontés, susceptibles de créer des obligations : on remarque celle qui préconise, tel le Code civil français, que la volonté interne tient plus de place que la volonté déclarée⁶⁵. On remarque également que la réserve mentale n'interfère pas dans les effets de la manifestation de volonté, sauf se le destinataire de cette manifestation a eu connaissance de cette réserve mentale⁶⁶.

Une autre règle très importante est celle de l'application du standard de bonne foi, ainsi que des usages du lieu de la célébration des actes, dans l'interprétation des *negotia*⁶⁷. En effet, dans les actes créateurs d'obligations, c'est-à-dire les actes bilatéraux tel le contrat ainsi que dans les déclarations unilatérales de volonté, les parties doivent agir en bonne foi, comme le préconise également l'article 422, inséré dans le Code Civil de 2002, selon lequel les parties sont obligées de garder, pour la conclusion comme pour l'exécution du contrat, les dictames de la bonne foi et de la probité.

⁶¹ François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, cit. p. 46 et s. p. 47.

⁶² Arrêt n° 966, du 10 juillet 2007.

⁶³ Service de documentation et d'études de la Cour de cassation. Communiqué relatif à l'arrêt n° 966, du 10 juillet 2007. (Voir site Internet da Cour de cassation française)

⁶⁴ Service de documentation et d'études de la Cour de cassation. Communiqué relatif à l'arrêt n° 966, du 10 juillet 2007, cit.

⁶⁵ Art. 112 du Code civil brésilien.

⁶⁶ Art. 110 du Code civil brésilien.

⁶⁷ Art. 113 du Code civil brésilien.

Le principe de la bonne foi a toujours été un principe directeur de l'ordre juridique brésilien. La conception subjective du principe a été adoptée par le Code civil de 1916, notamment dans les rapports concernant les droits réels et par le Code de Commerce de 1850 (art. 131) comme règle d'interprétation des contrats⁶⁸.

La Convention de Vienne ne prévoit pas de méthode spécifique d'interprétation de ses règles. D'après M. Bernard Audit, cette absence de référence expresse à une méthode d'interprétation – littérale, téléologique ou fonctionnelle – s'explique « *car les différentes traditions juridiques s'opposent assez fortement sur la méthode même d'interprétation du droit écrit* »⁶⁹.

La doctrine a dégagé certains principes d'interprétation⁷⁰, notamment le principe d'interprétation autonome de la Convention, à partir de la directive formulée par l'article 7, alinéa 1 CVIM, relative à la prise en compte du caractère international de la Convention, lors de l'interprétation du texte conventionnel⁷¹.

Un autre principe expressément prévu par l'article 7, alinéa 1 CVIM, est celui de la *bonne foi*. Dans ce cas, le principe a été adopté comme un but devant être poursuivi par l'interprète lors de l'interprétation du texte conventionnel. Ce principe est également considéré par la doctrine comme étant un des principes généraux dont s'inspire la Convention au sens de l'article 7, alinéa 2 CVIM.

En se référant à la nécessité de promouvoir l'uniformité de l'application de la Convention, M. Claude Witz⁷² remarque les difficultés d'inclure le principe de la bonne foi comme un principe général s'imposant directement à l'acheteur et au vendeur, en raison de l'opposition à ce propos entre les pays de *civil law* et les pays de *common law*. L'auteur remarque le rôle important que joue ce principe dans le cadre de l'interprétation de la Convention de Vienne et sa classification par la doctrine parmi les principes généraux dont la Convention s'inspire pour combler ses lacunes internes⁷³.

La référence aux principes généraux dont s'inspire la Convention a pour but précis de combler les lacunes dites internes. Selon l'article 7.2 de la Convention, les questions concernant

⁶⁸ On relève encore que le principe de la bonne foi a été adopté expressément au Brésil par le Code de protection des consommateurs (CDC), Loi n° 8.078, du 11 septembre 1990, notamment dans son article 4°, III. Le principe de la confiance légitime a été adopté expressément par le CDC, notamment dans l'article 6°, III et IV (sur les droits fondamentaux des consommateurs), dans l'article 46 s. (sur la protection contractuelle) et dans les articles 51 et s. (sur la prohibition d'insertion de clauses abusives dans les contrats passés avec un consommateur). Voir pour tous, Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor, O novo regime das relações contratuais*, 5^e ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 et Cláudia Lima Marques, *Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor* (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

⁶⁹ Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, Paris : LGDJ, 1990, p. 47.

⁷⁰ Pour une lecture critique des principes utilisés comme règles d'interprétation, voir Patrick Morvan, *Le principe en droit privé*, Paris : LGDJ, 1999, p. 38-42.

⁷¹ Comme le remarque Claude Witz, « *la doctrine s'emploie à dégager certains principes d'interprétation qui reflètent assez bien les solutions de civil law* ». (Claude Witz, CVIM : Interprétation et questions non couvertes, *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3-4, 2001, p. 253-275, spéc. p. 254).

⁷² Claude Witz, CVIM : Interprétation et questions non couvertes, cit., p. 254-256.

⁷³ Selon l'auteur, pour combler les lacunes dites internes, il faut en priorité vérifier si la question peut être réglée grâce à un principe général dont la Convention s'inspire (Art. 7, al. 2, CVIM) ; les principes généraux peuvent être classés en trois catégories : les principes directement posés par la Convention de Vienne, les principes implicites, détachés de toute considération de bonne foi, et le principe général de la bonne foi (Claude Witz, CVIM : Interprétation et questions non couvertes, cit. p. 269). En se référant à la Convention de Vienne, Jean-Michel Jacquet, *Le droit de la vente internationale de marchandises : le mélange des sources*, cit., p. 77-78 observe que « *la bonne foi est cantonnée au domaine de l'interprétation de la Convention* ».

les matières régies par la Convention mais qui ne sont pas expressément pour elle tranchées seront d'abord réglées par les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé.

La Convention de Vienne confère également beaucoup d'importance aux comportements des parties ainsi qu'aux usages.

En ce qui concerne les comportements d'une partie, l'article 8 de la Convention prévoit qu'ils doivent être interprétés selon « l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention ». Comme le remarque les auteurs⁷⁴, « *la volonté interne doit être extériorisée de sorte que l'autre partie ne puisse la méconnaître. A défaut, il faudra recourir à un standard, celui de la 'personne raisonnable'* »⁷⁵.

En ce qui concerne les usages, la Convention de Vienne préconise le respect par les usages établis entre les parties (article 9-1 CVIM) ainsi que le respect des usages que les parties connaissaient ou dont elles devaient avoir connaissance, vu qu'ils sont observés dans le domaine d'activités concerné (article 9-2 CVIM).

De ce fait, les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles ; selon le même article de la Convention, les parties sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation, à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée.

Comme le remarquent MM. Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque⁷⁶, il faut éviter de confondre l'usage du commerce et l'usage des parties.

L'usage du commerce peut être défini, selon l'article 1. 205 de l'Uniform Commercial Code comme « *une pratique ou une habitude observée si régulièrement dans un lieu, une profession ou une branche du commerce que l'on peut s'attendre à ce qu'elle soit observée dans la transaction en question (...)* ».

L'usage du commerce peut également être défini comme le fait l'article 9, alinéa 2 de la Convention de Vienne, qui dispose : « *Sauf convention contraire des parties celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats du même type dans la branche commerciale considérée* ».

L'usage entre les parties est propre aux rapports habituellement établis entre ces parties. Ces usages ont alors un caractère particulier, conventionnel, et peuvent éclairer l'interprète du contrat sur la commune intention des parties ou révéler le sens qu'il convient d'attribuer à leur comportement dans le cadre de la négociation, de la conclusion ou de l'exécution du contrat⁷⁷. Comme le soulignent les auteurs, « *en tant que tel cet usage ne peut pas être transposable à d'autres contrats et ne saurait constituer un mode de formation du droit* ».

⁷⁴ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vulliemme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 818.

⁷⁵ Tel comme préconisé par les alinéas 2 et 3 de l'article 8 CVIM.

⁷⁶ Jean-Michel Jacquet et Philippe Delebecque, *Droit du commerce international*, Paris : Dalloz, 2002, p. 84 - 85.

⁷⁷ V. article 9, alinéa 1 CVIM.

On relève encore, comme une règle d'interprétation des actes pouvant donner lieu à la conclusion du contrat, présentée par la Convention de Vienne, celle prévue par l'article 18 CVIM, selon laquelle, « *une déclaration ou autre comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre constitue une acceptation. Le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation* ».

Cette règle se trouve également en droit brésilien. Innovation portée par le Code civil de 2002, « *le silence équivaut consentement, lorsque les circonstances et les usages l'autorisent et lorsqu'une déclaration de volonté expresse n'est pas exigée* »⁷⁸.

De même, en droit français, par une interprétation de l'article 1135 du Code civil : « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ».

On vérifie ainsi une certaine convergence en ce qui concerne les règles d'interprétation présentées par les systèmes juridiques analysés et les principes employés. La Convention de Vienne ne comporte pas de règles sur la validité du contrat ni sur la responsabilité précontractuelle qui peut donner lieu la rupture brutale des négociations. Ces aspects concernant la phase de formation des contrats de vente sont renvoyés aux droits nationaux. En raison de la taille et des objectifs de cette exposition, nous ne développerons pas ces aspects dans cette étude. Ils peuvent faire l'objet de nouvelles études et de nouvelles présentations.

Pour conclure, il semble intéressant de garder à l'esprit l'importance économique et juridique de sauver le contrat. Le principe *favour negotii* est connu du droit brésilien ainsi que du droit français. Les instruments normatifs du commerce international, tel les Principes UNIDROIT⁷⁹ et les Principes européens des contrats apportent également des solutions nouvelles aux droits internes. On part de l'idée bien connue que les contrats internationaux sont des vivificateurs du droit interne, même si les rapports entre le droit du commerce international et les contrats internes sont contradictoires et même si la vente internationale est dotée de particularismes et d'originalité⁸⁰.

II - Le régime juridique de la formation du contrat de vente

La Convention de Vienne n'établit pas de distinction entre les phases de formation et de conclusion du contrat et utilise l'expression « formation du contrat », pour désigner indifféremment le processus de formation du contrat, y compris sa conclusion⁸¹.

La formation du contrat est régie dans la deuxième partie de la Convention de Vienne (articles 14 à 24). Les Etats contractants, au moment de l'adhésion, peuvent déclarer n'être pas liés par la deuxième partie ou la troisième partie de la Convention (art. 92.1, CVIM). En vertu d'une telle déclaration, l'Etat ne sera pas considéré comme un Etat contractant à l'égard de la deuxième ou de la troisième partie de la Convention (art. 92.2,

⁷⁸ Art. 111 du Code civil brésilien.

⁷⁹ Voir pour tous, en langue portugaise, le récent ouvrage de Lauro Gama e Souza Jr. *Contratos Internacionais à luz dos Principios do UNIDROIT* 2004: *Soft Law, Arbitragem e Jurisdição*, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁸⁰ Philippe Malaunie, Laurent Aynès et Pierre-Yves Gautier, *Droit Civil*, 2^e éd. Réfondue, Paris : Defrénois, 2005, n° 29, p. 21.

⁸¹ Voir l'ancien et toujours actuel article de l'auteur italien, Luigi Paolo Comoglio, *Libertà di forma e libertà di prova nella compravendita internazionale de merci*, In : *Riv. Trim. Dir. proc. Civile*, 1990, XLIV-3, p. 787-810, notamment pour les aspects concernant la preuve dans le contexte d'application de la Convention de Vienne.

CVIM). La troisième partie de la Convention présente des dispositions sur la vente internationale de marchandises, c'est-à-dire, sur les effets du contrat. Selon la formule établie par l'art. 23 CVIM, le contrat est conclu au moment où l'acceptation d'une offre prend effet.

En droit brésilien, la réglementation de la formation du contrat est bien établie. Les dispositions légales sur la formation du contrat en droit brésilien sont contenues dans les articles 427 à 435, de la Section II du Chapitre I, du Titre V du Livre II de la Partie spéciale du Code civil brésilien (Loi n° 10.406, du 10 janvier 2002, publiée au Journal Officiel du 11 janvier 2002 et en vigueur depuis le 11 janvier 2003).

Bien qu'en droit français le Code civil dédie le chapitre premier aux dispositions préliminaires (article 1101 et s.) du Titre III (qui porte sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général), inséré dans le Livre III (qui porte sur les différentes formes dont on acquiert la propriété), les aspects concernant la rencontre de l'offre et de l'acceptation n'ont pas reçu de traitement législatif spécifique. La matière n'est également pas traitée dans le chapitre concernant la vente (articles 1582 et s.). C'est la jurisprudence qui a développé la matière.

Comme le fait observer Jacques Ghestin, « *on analyse de façon classique le consentement comme une offre acceptée par son destinataire. L'offre et son acceptation forment ainsi le contrat* »⁸².

La question qui se pose normalement lors de la formation du contrat est celle de savoir quelles sont les manifestations susceptibles d'être considérées comme une « offre » et celles susceptibles d'être considérées comme une « *acceptation d'une offre* » (§ 1) et à quel moment ces manifestations prennent effet (§ 2).

§ 1 – Les manifestations susceptibles d'être considérées comme une offre et comme une acceptation

Il résulte de la liberté de forme, que les parties ont la possibilité de conclure leur contrat de vente soit par des manifestations expresses, soit par leur comportement. Dans certains cas, des difficultés peuvent se présenter en raison de l'échange de documents qui contiennent des informations ou dispositions concernant les conditions de conclusion du contrat et d'exécution du contrat. Parfois, ces stipulations ne sont pas suffisamment claires pour la détermination du moment de conclusion du contrat et de la fixation du contenu réel du contrat conclu. Les exemples de ce type de documents sont multiples. Il peut s'agir de conditions générales de vente, de conditions générales d'achat, de contrats-types, de lettres d'intention⁸³, de confirmation de commande ou de lettres de confirmation⁸⁴.

Fondée sur le principe de la liberté de forme, la Convention de Vienne ne définit pas les déclarations de volonté. Comme le remarque F. Limbach, « *la Convention de Vienne n'a pas consacré le terme de 'déclaration de volonté' et ne semble d'ailleurs pas vouloir proposer un terme unique à ce concept, se référant parfois aux 'indications et autres comportements' (article 8 CVIM), parfois à la 'manifestation d'intention' (article 24 CVIM)* »⁸⁵.

⁸² La Formation du contrat, Traité de droit civil, cit., p. 218.

⁸³ Il ne faut pas confondre ici l'expression avec le sens donné au terme par l'article 2322 du Code civil français, qui s'agit d'une surêté personnelle : « *La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* ».

⁸⁴ Voir Johanna Schmidt, Les lettres d'intention, cit. p. 257 - 270.

⁸⁵ Francis Limbach, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales des contrats : de l'utilité du concept de la déclaration de volonté*. Thèse, Université de la Sarre et Université des Sciences Sociales – Toulouse I, 2003, p. 70.

Une conception objective du contrat amène à un raisonnement lors de l'interprétation des contrats basé sur le comportement des parties en application d'un *standard*, celui de *personne raisonnable* donc l'interprétation « *de l'intention commune des parties n'y étant pas relevant* »⁸⁶, lors d'interprétation des actes concernant la formation et la conclusion du contrat.

En droit brésilien, on utilise les expressions 'manifestations de volonté', ainsi que 'déclarations de volonté' pour nommer les actes formateurs d'obligations et ces actes reçoivent un traitement normatif spécial dans le chapitre premier du Titre I (qui porte sur le *negotio jurídico*) du Livre III de la Partie Générale du Code civil, dédié aux faits juridiques⁸⁷.

Le Code civil français n'emploie pas l'expression 'manifestations de volonté'; le législateur a choisi le mot 'engagement' et les différentes conjugaisons du verbe 's'obliger'. L'article 1135 suggère toutefois, la possibilité d'utiliser différentes sortes de comportement, y compris des 'manifestations' et des 'déclarations' de la volonté des parties lors de leurs engagements et la doctrine utilise souvent l'expression manifestation de volonté⁸⁸.

Pour vérifier quelles sont les manifestations de volonté susceptibles d'être considérées comme des actes formateurs du contrat, nous analyserons d'abord la notion d'offre (A), puis la notion d'acceptation (B).

A - La définition de l'offre

Dans les négociations d'un contrat complexe, notamment les contrats internationaux, l'offre « *demeure une notion assez vague car, en dépit des critères déterminés par la jurisprudence, elle reste soumise à l'autonomie de la volonté, principe essentiel du droit des contrats* »⁸⁹.

La Convention de Vienne exige la présence cumulative de plusieurs conditions pour qu'une offre soit constituée : la proposition doit être adressée à un ou à plusieurs destinataires déterminés et elle doit indiquer la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation. En outre, elle doit être suffisamment précise⁹⁰.

Comme le relève M. Bernard Audit, « *L'offre véritable est donc la déclaration qui confère au destinataire le pouvoir de donner naissance au contrat* »⁹¹. Qualifiée d'acte juridique unilatéral, l'offre est une déclaration réceptive de volonté dans la mesure où la seule acceptation de son destinataire est suffisante pour la conclusion du contrat⁹².

Le Code civil français ne présente pas de dispositions sur l'offre dans le titre sur les obligations et les contrats (articles 1101 et s.), ni dans le titre concernant la vente (articles 1582 et s.).

L'offre ou pollicitation constitue, en droit français, « *une manifestation de la volonté unilatérale destinée à porter à la connaissance d'autrui l'intention de contracter de son auteur, la nature*

⁸⁶ H. R. Cheeseman, Business Law, fifth edition, New Jersey: Pearson, 2004 p. 196, citant le *case law*, Supreme court of Washington, City of Everest, *Washington v. Mitchell*, 631 p. 2, d. 366 (1981), qui démontre l'application de l'*objective theory of contracts* en droit nord-américain.

⁸⁷ Articles 110 à 113 du Code civil brésilien.

⁸⁸ Voir, par exemple, Jacques Ghestin, *La Formation du contrat*, Traité de droit civil, cit., p. 219.

⁸⁹ Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, cit., p. 3-25.

⁹⁰ Art. 14. 1, CVIM.

⁹¹ Bernard Audit, La vente internationale de marchandises, cit., n° 61, p. 57. Selon l'auteur, « *Il résulte de cette conception que c'est fréquemment l'acheteur qui a la position d'offrant, par l'effet d'une commande ; un vendeur en état d'offre au public n'émet qu'une proposition de contracter* ».

⁹² Selon Orlando Gomes, *Contratos*, 16^e ed. Rio de Janeiro : Editora Forense, 1995, n° 6, p. 13. Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., p. 20 - 23.

du contrat offert et ses conditions essentielles de telle sorte que, saisie par une acceptation en tout point concordante, un contrat puisse jaillir de la rencontre de ses deux volontés »⁹³.

Selon la jurisprudence, pour qu'il y ait offre, la proposition de contracter doit être précise⁹⁴ et ferme.

Cette précision signifie que l'offre détaille avec clarté les éléments essentiels pour la constitution du contrat, outre les éléments de l'acte juridique : le consentement, la capacité des parties, l'objet et la cause, les éléments essentiels pour la formation du contrat de vente : la chose et le prix⁹⁵, tel que prévu par l'article 1583 du Code civil.

La fermeté de l'offre réside dans l'indication de la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation⁹⁶.

En France, les conditions générales de vente constituent l'objet de réglementation. Le Code de commerce impose dans son article L. 441-6, certaines mentions obligatoires et celles-ci n'ont de valeur contractuelle que si elles ont fait, dès l'origine, partie intégrante du consentement des parties⁹⁷.

Le droit brésilien, hors du cadre des rapports contractuels concernant les consommateurs, ne détermine pas quels sont les éléments que doivent comporter l'offre. A propos du contrat de vente, outre les éléments essentiels du *negotium* (art. 104 du Code civil brésilien) : la capacité des parties, la licéité de l'objet et la forme prescrite ou non prohibé par la loi, les éléments essentiels, comme pour le droit français, sont la chose et le prix (Code civil, art. 1583 et Code civil brésilien, art. 482).

La Convention de Vienne établit, ainsi, les éléments subjectifs (a) et les éléments objectifs (b) de l'offre.

a – Éléments subjectifs d'offre

Les éléments subjectifs sont au nombre de deux : « la proposition doit être dirigée vers un ou plusieurs destinataires (1) et doit indiquer l'intention de son auteur d'être lié en cas d'acceptation (2).

1) Le destinataire de l'offre

Une proposition adressée à un ou plusieurs destinataires peut être qualifiée d'offre si elle est dirigée vers un ou plusieurs destinataires déterminés⁹⁸.

Lorsque la proposition est adressée à des destinataires indéterminés, il ne peut s'agir que d'une « *invitatio ad offerendum* » ou d'une offre publique, à moins que l'auteur de la proposition n'ait clairement indiqué le contraire⁹⁹.

⁹³ A. Vialard, L'offre publique de contrat, In : *RTD civ* 1971, p. 751, cité par Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, p. 4 (note de bas de page n° 1).

⁹⁴ Cass. Civ. 1, 24 nov. 1998, *Bull. civ.* I, n° 328.

⁹⁵ Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, p. 8.

⁹⁶ Cass. Civ. 3, 28 nov. 1968, *Bull. Civ.* III, n° 507, p. 38 ; Cass. Civ. 3, 1^{er} juill. 1998, *D* 1999, 170, note L. Boy. Décisions citées par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 818, note de bas de page n° 25.

⁹⁷ Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, cit., p. 6.

⁹⁸ Art. 14. 1, CVIM.

⁹⁹ Art. 14. 2, CVIM. Comme le relèvent Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Commentaire. Ed. François Dessementot, CEDIDAC, 1993, p. 136 – 137.

La doctrine soulève la question de savoir si l'envoi de catalogues, de prospectus et d'autres moyens publicitaires peuvent être considérés comme une offre au sens de la Convention de Vienne ou si cette proposition ne peut être qu'une invitation à l'offre¹⁰⁰.

Les « *offres publiques* » peuvent être considérées comme des offres véritables, même dans le cas de propositions adressées à des personnes indéterminées, lorsque l'intention d'être lié est clairement indiquée par l'auteur de la proposition. Cette possibilité est prévue par la Convention de Vienne¹⁰¹, par le droit brésilien¹⁰², ainsi que par le droit français¹⁰³.

Ainsi, une offre « dans la limite des stocks disponibles » ou « selon les besoins de l'acheteur » constitue une offre véritable dans la mesure où elle contient les éléments essentiels à la conclusion du contrat et qu'aucune condition n'est requise pour que l'acquiescement de l'autre partie puisse former le contrat¹⁰⁴.

2) L'intention d'être lié par l'offre

Le droit conventionnel requiert que l'offrant indique sa volonté de s'engager en cas d'acceptation. Cet élément subjectif rend la proposition obligatoire pour son émetteur¹⁰⁵. Cet élément subjectif essentiel à la conclusion du contrat se retrouve dans tous les droits de type romaniste, anglais et des Etats-Unis d'Amérique¹⁰⁶. La Convention de Vienne, en établissant des conditions objectives de l'offre, lui confère ce caractère obligatoire.

Comme le remarque la doctrine¹⁰⁷, « *la délimitation entre la volonté d'être lié et la simple initiation de négociations n'est cependant pas toujours aisée* ». Pour dégager la volonté des parties, il convient de se référer à l'article 8 de la Convention de Vienne selon lequel, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon l'intention de celle-ci lorsque l'autre partie connaissait ou ne pouvait ignorer cette intention¹⁰⁸. D'après l'autre formule présentée par l'article dans les hypothèses où le paragraphe précédent n'est pas applicable, les indications et autres comportements d'une partie doivent être interprétés selon le sens qu'une personne raisonnable de même qualité que l'autre partie, placée dans la même situation, lui aurait donné¹⁰⁹.

¹⁰⁰ Selon Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., n° 62, p. 57 – 58. En sens opposé, voir Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, cit., p. 136.

¹⁰¹ Selon l'art. 14.2 *in fine* CVIM.

¹⁰² Selon la première partie de l'art. 429 du Code civil brésilien.

¹⁰³ Cass. Civ. 3, 28 nov. 1968, *Bull. civ.* III, n° 507, p. 38; Cass. Civ. 3, 1^{er} juill. 1998, *D.* 1999, 170, note L. Boy.

¹⁰⁴ Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., n° 62, p. 58.

¹⁰⁵ L'offre est un acte juridique classé comme « *negócio jurídico* », doté de « *vinculum juris* ». Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., n° 188, p. 21. Cette obligation juridique est due au fait que l'émission d'une offre constitue une déclaration de volonté réceptive : l'émission d'une offre crée dans le champ juridique du destinataire une expectative, avec toutes les conséquences. La rupture de cet engagement peut générer des préjudices dans la sphère patrimoniale du destinataire de l'offre, si celui-ci a fait de dépenses ou a subi des pertes en conséquence de cette expectative. L'offre, comme l'acceptation, sont des déclarations de volontés classées comme « *droit formateur générateur* ». Le droit formateur dépend seulement d'un acte de son titulaire ; la loi en confère les effets juridiques. V. Francisco C. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, 2^e ed. Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1962, Vol. V, spéc. p. 242 - 247 et 285.

¹⁰⁶ Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, cit., p. 138 - 139.

¹⁰⁷ Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, cit., p. 138 - 139. Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., n° 188, p. 21.

¹⁰⁸ Alinéa 1 de l'art. 8 CVIM.

¹⁰⁹ Alinéa 2 de l'art. 8 CVIM.

Des règles d'interprétation sont encore prévues par la Convention de Vienne : pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties¹¹⁰.

Selon la doctrine¹¹¹, « *Il ne faut cependant pas confondre cet aspect essentiel de l'offre avec la volonté d'être lié irrévocablement, laquelle est traitée à l'article 16. Conformément à la conception objective des déclarations de volonté imposée à l'article 8 al. 2, une offre pour rire qui n'est pas formulée sérieusement peut parfaitement lier son auteur, puis, en cas d'acceptation sincère, constituer un des éléments du contrat ainsi formé* ».

Quant à la validité proprement dite de l'offre, elle doit être appréciée selon le droit national applicable au titre de question exclue du champ d'application matériel de la Convention de Vienne¹¹².

De plus, la Convention ne règle pas la forme de l'émission de l'offre. Ainsi, les actes d'exécution peuvent être considérés comme des offres, dès lors qu'ils contiennent les indications sur le prix et les marchandises.

Observons que la proposition accompagnée de la formule « *sans engagement* » sera considérée en règle générale comme une invitation *ad offerendum*. La proposition contenant les éléments essentiels du contrat accompagnée de la réserve « *dans la limite des stocks disponibles* » constitue, en principe, une offre sous condition résolutoire.

En France, un arrêt a préconisé que « *entre commerçants, une proposition de contracter ne constitue une offre que si elle indique la volonté de son auteur d'être lié en cas d'acceptation* »¹¹³.

En ce qui concerne les offres émises par voie électronique, les règles établies par l'article 1369-4 (Créé par l'Ordonnance n°2005-674 du 16 juin 2005 - art. 1 I, III JORF 17 juin 2005) prévoient également la question de l'engagement de son auteur : « *Quiconque propose, à titre professionnel, par voie électronique, la fourniture de biens ou la prestation de services, met à disposition les conditions contractuelles applicables d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. Sans préjudice des conditions de validité mentionnées dans l'offre, son auteur reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait* ».

b— Éléments objectifs constitutifs d'une offre

Selon l'art. 14 CVIM, l'offre doit être suffisamment précise : « *la proposition est suffisamment précise lorsqu'elle désigne les marchandises et, expressément ou implicitement, fixe la quantité et le prix ou donne des indications permettant de les déterminer* ».

¹¹⁰ Alinéa 3 de l'art. 8 CVIM.

¹¹¹ Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, cit., p. 138-139.

¹¹² En droit brésilien, la bonne foi sera prise en compte lors de l'appréciation de la validité d'une offre, sous réserve de nullité par erreur essentielle, comme le prévoient les articles 138 et 140. Dans cette hypothèse, la nullité est relative. Le faux motif n'invalide pas l'acte, sauf s'il constituait une raison déterminante à la conclusion du contrat. Comme le prescrivent les articles du 138, 139 et 140 Code civil de 2002.

¹¹³ Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation, 6 mars 1990 : *Bull. Civ. IV*, n° 74 ; *R.*, p. 361 ; *JCP* 1990. II. 21583, note Gross ; *RTD* civ. 1990. 462, obs. Mestre ; *D.* 1991. Somm. 317, obs. Aubert.

Comme le souligne la doctrine, « un contrat n'est valablement formé que s'il y a concordance des volontés sur les 'essentialia negotii' : la marchandise, la quantité et le prix mentionnés à l'art. 14, al. 1 sont toujours des éléments minimaux objectivement nécessaires et suffisants à la perfection de l'offre »¹¹⁴.

La Convention de Vienne adopte la conception classique des éléments essentiels à la conclusion d'un contrat de vente, connue des systèmes romano-germaniques, qui requiert un accord sur la chose et le prix.

La Convention présente de façon objective les éléments constitutifs d'une offre. La Convention n'offrant qu'une réglementation supplétive, les parties ont la possibilité de fixer d'autres éléments, tels la soumission du contrat à certaines conditions ou à certaines modalités, comme la vente à l'essai. Les *accidentalialia negotii* peuvent également faire partie de l'offre, telles les modalités de garantie.

Outre les éléments concernant la chose et le prix, en droit français, les éléments objectifs qui doivent être présents lors d'une offre émise par voie électronique, sont établis par l'article 1369-4¹¹⁵, notamment dans sa deuxième partie : « ... L'offre énonce en outre : 1° Les différentes étapes à suivre pour conclure le contrat par voie électronique ; 2° Les moyens techniques permettant à l'utilisateur, avant la conclusion du contrat, d'identifier les erreurs commises dans la saisie des données et de les corriger ; 3° Les langues proposées pour la conclusion du contrat ; 4° En cas d'archivage du contrat, les modalités de cet archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé ; 5° Les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciales auxquelles l'auteur de l'offre entend, le cas échéant, se soumettre ».

En droit brésilien, les éléments de l'offre ne sont pas établis par le Code civil. Le Code de Protection aux Consommateurs (CDC)¹¹⁶, par contre, énonce de façon claire et précise, quels sont les éléments constitutifs de l'offre, dans les articles 30 à 35.

La Convention de Vienne, compte tenu de la souplesse des ses normes, ne requiert, pour qu'une proposition puisse être qualifiée d'offre, que la désignation des marchandises (1) et du prix (2).

1) La désignation des marchandises

Les usages du commerce international interviennent fréquemment dans ce domaine. La nature du bien détermine les degrés de précision devant être observés en ce qui concerne la spécification des marchandises : elles doivent être déterminées, au moins quant à leur espèce ; pour les produits manufacturés, l'indication de référence ou de dénomination s'impose.

En outre, des exigences élémentaires de quantité doivent être observées : la quantité doit être fixée, au moins implicitement, par les systèmes de référence normalement utilisés soit par l'offrant soit pour l'acceptation ; la modification postérieure de la quantité, à défaut d'un accord des parties, peut être source de litige, comme le démontre une décision allemande¹¹⁷.

¹¹⁴ Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire*, cit., p. 139-140.

¹¹⁵ Créé par l'Ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005 - art. 1 I, III JORF 17 juin 2005.

¹¹⁶ Loi n° 8.078, du 11 septembre 1990.

¹¹⁷ Décision rendue par l'Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main, le 23 mai 1995. (Décision n° 291- CNUDCI - Système CLOUT).

Procéder à l'indication des marchandises implique que l'on définisse l'objet de la vente par le genre et la quantité : « *en sus de la désignation générique des marchandises, il importe que l'offre en spécifie le type et la nature* »¹¹⁸.

Le niveau de précision concernant l'objet de la vente dépendra de la nature du bien ainsi que des usages¹¹⁹.

Le droit brésilien ne comporte que deux règles relatives à la désignation des marchandises, dans le Chapitre du Code civil concernant le contrat de vente¹²⁰.

La première règle, introduite par le nouveau Code civil brésilien, a trait à la vente de choses futures : la vente n'aura pas d'effet si la chose n'aboutit pas à l'existence. Par ailleurs, la vente de chose future peut être conclue sous condition résolutoire, sauf si les parties ont entendu conclure un « contrat aléatoire »¹²¹. Ainsi, si la chose ne vient pas à exister, le contrat ne produira aucun effet. Le Code civil ne réglementant pas l'ensemble du contrat de vente de chose future, il y a lieu d'appliquer les dispositions légales sur la vente, ainsi que les règles sur les spécifications de la chose contenues dans la Section I du Titre I du Livre I de la Partie spéciale du Code civil brésilien.

La deuxième règle, concernant la vente sous échantillon, pose la présomption selon laquelle le vendeur garanti que les choses vendues ont les qualités correspondant aux modèles ou prototypes présentés comme échantillon ; en cas de divergence entre les choses et leur description dans le contrat, le Code fait prévaloir les caractéristiques présentées par l'échantillon, le modèle ou le prototype¹²².

Pour compléter les règles concernant le contrat de vente, il faut recourir, en droit brésilien, aux normes générales applicables à tous les types de contrat¹²³ ainsi qu'aux normes relatives au droit des obligations¹²⁴.

Si les choses sont déterminées au moment de la conclusion du contrat, on ne rencontre pas de difficultés : le vendeur est obligé de livrer les choses choisies par l'acheteur¹²⁵.

Si les choses ne sont pas déterminées au moment de la conclusion du contrat, elles sont considérées comme choses incertaines. Celles-ci doivent être déterminées au moins par leur genre et leur quantité¹²⁶. Dans ce cas, sauf stipulation contraire, le choix des choses à livrer appartient au vendeur qui ne pourra pas livrer des biens d'une qualité inférieure ; il n'est pas, toutefois, obligé de livrer des biens de la meilleure qualité¹²⁷.

Compte tenu du fait que le droit français ne comporte pas de règles spécifiques sur l'offre, il est nécessaire d'analyser les normes spécifiques concernant les marchandises, dans les articles 1585 au 1588 du Code civil français, qui font partie de la réglementation du contrat de vente.

¹¹⁸ Comme le remarquent Karl H. Neumayer et Catherine Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*. Commentaire, cit., p. 141.

¹¹⁹ Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., n° 63, p. 58.

¹²⁰ Capitulo I, du Titre VI, du Livre I de la Partie spéciale du Code civil brésilien.

¹²¹ Art. 483 du Code civil brésilien.

¹²² Art. 484 du Code civil brésilien.

¹²³ Titre V du Livre I de la Partie spéciale du Code civil brésilien.

¹²⁴ Livre I, Titres I à IV de la Partie spéciale du Code civil brésilien.

¹²⁵ Art. 313 du Code civil brésilien.

¹²⁶ Art. 243 du Code civil brésilien.

¹²⁷ Art. 244 du Code civil brésilien.

Selon l'article 1585, « lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, la vente n'est point parfaite, en ce sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées ou mesurées ; mais l'acheteur peut en demander ou la délivrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexécution de l'engagement ».

L'article 1586 prévoit que « si les marchandises ont été vendues en bloc, la vente est parfaite, quoique les marchandises n'aient pas encore été pesées, comptées ou mesurées ».

L'article 1587 a trait à la vente à l'essai : « a l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées ». Normalement, « la vente à l'essai est toujours présumée faite sous une condition suspensive », comme le prévoit l'article 1588 du Code civil.

En ce qui concerne la quantité des biens, celle-ci doit figurer dans l'offre, implicitement ou explicitement, d'une façon déterminée ou déterminable : une quantification exacte - en tonnes, barils, mètres cubes - n'est pas nécessaire. La précision requise dépend notamment du type de contrat de vente, des usages ou des pratiques considérées et également de la marchandise concernée.

Une pratique courante dans le commerce est que le mode de détermination des marchandises à être livrées dépend également de la nature du contrat. Les contrats de fourniture successive nécessitent que les livraisons des marchandises s'opèrent par des quantités périodiques. Ainsi, il est également possible aux parties de choisir une formule leur permettant de préciser les quantités à livrer en cours d'exécution du contrat. Une proposition de vente indiquant « tout ce que j'ai de disponible » ou une proposition d'achat avec la mention « tout ce dont j'ai besoin pendant une certaine période » peuvent constituer une offre.

La détermination de la qualité et de la quantité des marchandises peut exercer une influence sur la détermination du prix¹²⁸.

2) L'indication du prix des marchandises

Le contrat de vente se caractérise par le paiement d'un prix en contrepartie de la livraison d'une chose¹²⁹. L'existence d'un prix distingue le contrat de vente d'autres contrats translatifs de propriété.

L'offre doit fixer le prix des marchandises¹³⁰. Le prix convenu explicitement ou implicitement doit être déterminé ou déterminable quelle que soit la monnaie : l'offre doit au moins indiquer le mode de fixation du montant du prix.

Dans le cadre de la Convention de Vienne, ainsi qu'en droit brésilien, il n'est pas nécessaire que le prix soit déjà calculable à la conclusion du contrat : il peut être prévu en référence à un marché donné, à une bourse d'une certaine ville, par exemple et à une date future déterminée.

¹²⁸ Le problème s'est posé en jurisprudence et une décision à ce sujet fut rendue en Allemagne : (Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main, le 31 mars 1995) : selon la décision, « l'acceptation de l'offre du demandeur faisait défaut, étant donné que le vendeur et l'acheteur n'étaient par parvenus à un accord au sujet de la qualité exacte du verre (art. 18-1, 19-1, 19-3 de CVIM). Le Tribunal a donc pensé que le demandeur ne pouvait pas exiger le règlement et sa requête a été rejetée » (Décision n° 135 - CNUDCI - Système CLOUT).

¹²⁹ Art. 481 du Code civil brésilien et article 1582 du Code civil français.

¹³⁰ Ainsi préconise la jurisprudence française : Cass. Civ. 1, 24 nov. 1998, *Bull. civ.* I n° 328. Le prix étant considéré comme l'un des éléments essentiels du contrat de vente à être conclu (art. 1583 du Code civil).

La Convention de Vienne contient deux dispositions sur la détermination du prix : l'article 14. 1 et l'article 55. Dans la première norme, le prix ou les indications de sa détermination sont considérés comme un élément de précision de l'offre¹³¹, indispensable à sa constitution ; dans la seconde norme, la Convention suggère que le prix puisse être déterminé à un moment postérieur¹³². Cette dualité de normes fait naître une importante controverse doctrinale et soulève des incertitudes en jurisprudence.

En comparant les normes de la Convention de Vienne, celles du droit interne brésilien et celles du droit interne français, on remarque qu'un prix déterminé ou déterminable est un élément nécessaire à la formation du contrat (1) et que les droits analysés acceptent que le prix soit déterminé à un moment postérieur à la conclusion du contrat (2).

2.1. L'exigence de détermination du prix comme élément du contrat

Selon les termes de l'article 14, alinéa 1^{er}, de la Convention de Vienne, la fixation explicite ou implicite d'un prix ou les indications permettant sa détermination, sont des éléments indispensables à l'existence d'une offre¹³³.

Cette norme de la Convention de Vienne ne comporte aucune exigence quant à la forme de désignation du prix. Est pleinement admissible, la référence au prix habituellement pratiqué par les contractants dans les ventes antérieurement conclues pour les produits identiques. Une clause du contrat qui fait référence au prix de catalogue peut être considérée comme une fixation implicite du prix, à la lumière de l'article 14 de la Convention de Vienne¹³⁴.

En droit brésilien, ainsi qu'en droit français, l'accord de volonté sur la chose et le prix est un élément constitutif du contrat de vente.

En droit brésilien, la fixation du prix ne peut pas être unilatérale : la fixation du prix par une seule partie contractante entraîne la nullité du contrat¹³⁵. Il est souhaitable que le prix soit fixé par les deux parties ou un tiers¹³⁶, même si la détermination du prix peut avoir lieu à un moment postérieur à la conclusion du contrat¹³⁷.

En droit français, l'article 1591 du Code civil indique que le prix doit être fixé par les parties. Si le Code civil est silencieux sur les effets de la fixation unilatérale du prix en contrat de vente, la Cour de cassation a par contre eu l'occasion de se prononcer à ce propos notamment dans les arrêts du 1^{er} décembre 1995¹³⁸. Ces arrêts ont fait couler beaucoup d'encre et selon la

¹³¹ Art. 14 CVIM.

¹³² Art. 55 CVIM.

¹³³ Une sentence rendue par le Tribunal d'arbitrage commercial international de la Chambre de commerce et d'industrie de la Fédération de Russie n'a pas appliqué l'article 55, en vertu d'une intention des parties d'établir le prix dans un moment postérieur à la formation du contrat (Sentence arbitrale rendue dans l'affaire n° 309/1993, du mars 1995, résumée sous le n° 139 – CNUDCI - Système CLOUT).

¹³⁴ Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, cit., p. 151-152.

¹³⁵ Art. 489 du Code civil brésilien.

¹³⁶ Art. 485 du Code civil brésilien.

¹³⁷ Art. 488 du Code civil brésilien.

¹³⁸ Selon l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation « lorsqu'une convention prévoit la conclusion de contrats ultérieurs, l'indétermination du prix de ces contrats dans la convention initiale n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières la validité de celle-ci, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ». (Arrêts n° 91-15.578 - CA Rennes, 13 février 1991 - Compagnie atlantique de téléphone c/ société Sumaco et n° 91-15.999 - CA Paris, 26 mars 1991 - Compagnie atlantique de téléphone c/ société Bechtel France). Dans un autre arrêt (n° 93-13.688 - CA Rennes, 11 février 1993 - Société Le Montparnasse c/ société GST-Alcatel Bretagne), la Cour a relevé que, « l'article 1129 du Code civil n'étant pas applicable à la détermination du prix, l'abus dans la fixation de celui-ci ne donne lieu qu'à résiliation ou indemnisation ». Dans l'arrêt n° 91-19.653 - CA Chambéry, 10 juillet 1991 - M. Vassali c/

doctrine¹³⁹, ces arrêts « ont placé la question du prix sur son véritable terrain, celui de l'exécution du contrat et non pas celui de sa formation, en acceptant que dans les contrats prévoyant la conclusion de contrats ultérieurs l'indétermination du prix n'affecte pas, sauf dispositions légales particulières, la validité de la convention initiale ». En effet, bien que la jurisprudence ait consacré plusieurs décisions à propos de la détermination du prix et les effets de son indétermination lors de la conclusion du contrat, il demeure que « le prix peut désormais être fixé en cours d'exécution par l'une des parties, le principe de l'unilatéralisme étant consacré, à la condition que cette partie ne tombe pas sous le coup de l'interdiction d'un abus dans la fixation du prix, qui donne lieu à résolution ou indemnisation »¹⁴⁰.

La possibilité de fixation du prix par un tiers ou un arbitre est envisagée par l'article 1592 du Code civil français et confirmée à plusieurs reprises par la jurisprudence¹⁴¹.

2.2. La détermination postérieure du prix

La formule adoptée par la Convention de Vienne à l'article 55 suggère qu'il est possible de conclure un contrat de vente sans fixation du prix au moment de sa conclusion¹⁴².

Selon la doctrine, il y a une contradiction apparente entre les termes de l'article 14, qui exige un prix déterminé ou déterminable, et les termes de l'article 55.

Une autre difficulté peut apparaître à propos des clauses contractuelles de détermination du prix, ainsi celle laissant le prix à la détermination unilatérale du vendeur. La question se pose de savoir si la validité de ce type de clauses relève de la *lex contractus*¹⁴³ ou de la Convention de Vienne.

On peut se prononcer, avec M. Heuzé, en faveur de la première alternative¹⁴⁴, mais cette solution est contestée par un autre courant doctrinal selon lequel la Convention de Vienne elle-même impose l'efficacité des clauses relatives à la fixation du prix¹⁴⁵. Cette importante question n'a pas encore été tranchée par la jurisprudence, mais une décision à ce sujet a été rendue par un tribunal suisse : « *Le tribunal a estimé que l'acheteur devait payer la totalité des matières livrées et non seulement les 10% utilisés. Il s'est fondé principalement sur le comportement ultérieur de l'acheteur (art. 8-3 de la CVIM), lequel avait demandé au vendeur d'envoyer la facture sans émettre de réserve alors qu'il n'avait pas été fixé par les parties, a été déterminé par le tribunal en application de l'article 55 de la CVIM* »¹⁴⁶.

M. Gagnaire, la Cour a relevé que « la clause d'un contrat de franchisage faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement n'intervient pas la validité du contrat, l'abus dans la fixation du prix ne donnant lieu qu'à résiliation ou indemnisation ». (Source : Bulletin d'information n° 422 du 15/02/1996 site Internet de la Cour de Cassation.

¹³⁹ Emmanuel Gardounis, La détermination du prix dans le contrat. Étude comparée entre le droit Français et le droit Hellénique. Athènes : Ant N. Sarkkoulas et Bruxelles : Bruylant, 2007, préc. p.629.

¹⁴⁰ Emmanuel Gardounis, La détermination du prix dans le contrat. Étude comparée entre le droit Français et le droit Hellénique, cit. p. 629.

¹⁴¹ Voir note de bas de page ci-dessous, n° **Error! Bookmark not defined.**

¹⁴² Art. 55 CVIM. Une disposition analogue est celle de l'art. 488 du Code civil brésilien.

¹⁴³ Comme le prévoit l'art. 4 CVIM.

¹⁴⁴ Vincent Heuzé est favorable à cette thèse. (Voir, de l'auteur, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, Paris : LGDJ, 1992, p. 145-155.

¹⁴⁵ C. Mouly, *La formation du contrat* In : *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*, Derains et J.Ghestin (éd.), Paris : LGDJ, 1990, p. 57 et s. Comme le remarque Claude Witz, note sous Cass. civ. 1, 4 janvier 1995, *Dalloz*, 1995, p. 291.

¹⁴⁶ Bezirksgericht St.Gallen, le 3 juillet 1997. (Décision n° 215- CNUDCI - Système CLOUT).

Le système juridique brésilien admet traditionnellement que le prix peut être déterminé après la conclusion du contrat¹⁴⁷. Selon le nouveau Code civil brésilien, en l'absence de critères de fixation du prix contenus dans le contrat et à défaut d'un prix prévu par les pouvoirs publics pour le bien considéré, les parties sont présumées soumises au prix courant pratiqué habituellement par le vendeur. A défaut d'un tel prix courant et d'un accord des parties, prévaudra le « prix moyen », sans que le législateur ne précise davantage ce prix moyen¹⁴⁸.

En droit français, le prix doit être déterminé et désigné par les parties (article 1591 du Code civil). Toutefois, un tiers, autre que le juge, peut être autorisé à fixer le prix (Code civil, article 1592). Comme le remarquent la jurisprudence et la doctrine, « *la détermination du prix par le juge n'est possible que si les parties ont prévu à l'avance des éléments objectifs leur permettant d'ordonner une expertise* »¹⁴⁹.

Comme le remarquent les auteurs¹⁵⁰, en citant une décision de la Cour de cassation française¹⁵¹, « *l'exigence d'un prix 'déterminé' tend en pratique à devenir un prix 'déterminable'. Le prix peut être chiffré ou fixé à l'aide de références précises pour qu'il devienne déterminé le jour du paiement sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire* ».

En effet, selon une décision récente de la Cour de cassation, « *dans le contrat de vente le prix peut être seulement déterminable mais il doit par la suite être déterminé pour que la vente soit parfaite* »¹⁵².

B - La définition de l'acceptation

L'acceptation est l'acte du destinataire par lequel celui-ci manifeste son intention d'acquiescer à l'offre. Aux termes de l'article 18 de la Convention de Vienne, l'acceptation peut se manifester de manière expresse ou par tout autre comportement. Le texte précise qu'en principe le silence n'engage pas, tout comme l'inaction : ainsi, le silence ou l'inaction ne valent pas acceptation¹⁵³.

La doctrine observe qu'établir une « *frontière entre le silence ou l'inaction qui, à eux seuls, ne peuvent valoir acceptation (art. 18, al. 1, phrase 2) d'une part, et le comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre (art. 18, al. 1, phrase 1) d'autre part, n'est pas toujours facile* »¹⁵⁴.

Les décisions appliquant la règle selon laquelle le silence n'a pas valeur d'acceptation, sont déjà nombreuses¹⁵⁵.

¹⁴⁷ Art. 488 du Code civil brésilien.

¹⁴⁸ Art. 488 du Code civil brésilien.

¹⁴⁹ Aux pouvoirs des juges sont imposées des limites : Civ. 1, 25 nov. 2003, pourvoi n° 00-22.89, *Bull. civ.* N° 243, *Revue trimestrielle de droit civil*, 2003, p. 517, obs. P.Y. Gautier. Décision citée par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 818, note de bas de page n° 21 et 22.

¹⁵⁰ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 818.

¹⁵¹ Cass. Civ. 1, 16 juill. 1998, *Bull. civ.* I n° 265.

¹⁵² Cass. civ. 3^e, 8 novembre 2006, n° 05-15.998, cité par Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, cit., note de bas de page n° 20.

¹⁵³ Art. 18.1 CVIM.

¹⁵⁴ Claude Witz, *Les premières applications jurisprudentielles de la Convention de Vienne*, cit., p. 57-58. L'auteur illustre son affirmation en commentant une décision du Tribunal régional de Krefeld, du 24 novembre 1992, où les juges décident que « *le client allemand a accepté de manière concluante cette contre-offre, en ce qu'il n'a pas contredit la conformation de commande et accepté d'être livré par l'entreprise Z* ».

¹⁵⁵ On peut remarquer à ce propos, l'arrêt *Filanto*. Cette décision a été rendue par le District Court de New York, le 14 avril 1992. Selon la Cour, « *Le destinataire d'une offre qui, sachant que l'offrant a commencé à exécuter le contrat, s'abstient de faire part à l'offrant de son*

Les habitudes des parties peuvent transformer en acceptation un acte contenant en lui-même le sens d'une acceptation ; en d'autres termes, l'accomplissement d'un acte peut valoir acceptation. Ce comportement, toutefois, doit révéler que le destinataire d'une offre acquiesce aux termes et conditions établis.

Aux termes du droit brésilien, la forme de la manifestation de volonté est libre et l'acceptation peut se manifester soit par une déclaration expresse, soit par des manifestations tacites¹⁵⁶. Dans les situations où le contrat doit être conclu sans réponse effective du destinataire de l'offre, que ce soit en vertu de la nature du contrat, des termes expresses de l'offre ou encore par l'effet des usages, le comportement de l'acceptant a valeur d'acceptation. Tel est le cas lorsque l'acheteur se livre, par exemple, à des actes d'exécution de la vente ou à des actes d'appropriation ou d'utilisation de la marchandise¹⁵⁷.

Au Brésil, le nouveau Code civil contient une nouvelle disposition relative au silence : celui-ci vaut acceptation lorsque les circonstances et les usages le permettent ainsi que dans les hypothèses où aucune manifestation expresse n'est exigée¹⁵⁸. Ainsi, le silence du destinataire d'une offre peut avoir valeur d'acceptation dans l'hypothèse d'une proposition contenant un délai pour la manifestation d'un refus de l'offre.

En droit français, le silence circonstancié vaut acceptation selon une décision récente, compte tenu de l'existence d'usages commerciaux en cas de relations d'affaires antérieures¹⁵⁹.

Pour le droit brésilien, l'acceptation peut être adressée à l'auteur de l'offre soit par une déclaration expresse, soit par un comportement, soit encore par une inaction¹⁶⁰. Sauf cas

opposition, aux termes du contrat et ce dans un délai raisonnable, doit être considéré, sous certaines circonstances, avoir accepté ces termes). Cette décision est commentée par Claude Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, cit., p. 54-58 ; la décision est aussi commentée par Maria del Pilar Perales Viscasillas, *La aceptación por silencio en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: primera aplicación jurisprudencial*, In : *Derecho de los Negocios*, Madrid, 6, 1995, n° 52, p. 9-14 et par Lorena Castellet, *L' Application de la Convention de Vienne aux Etats - Unis*, In : *Revue de droit des affaires internationales*, n° 5, 1999, p. 582-595. En France, la Cour de cassation sans se référer expressément à la Convention de Vienne, a rejeté le pourvoi au motif que « la Cour d'appel n'a pas méconnu la règle selon laquelle le silence, à lui seul, ne vaut pas acceptation » (Cour de cassation 1ère Chambre civile, 27 janvier 1998 – Note Cl. Witz, *Recueil Dalloz*, 34ème Cahier, p. 312). La Cour d'appel de Grenoble a rendu une décision le 21 octobre 1999 à cet égard. En appliquant l'article 18 (1) CVIM, la Cour estime « qu'il y a bien eu conclusion du contrat, même en l'absence d'une acceptation expresse du vendeur ». La Cour se réfère à « la pratique des années précédentes, le vendeur ayant toujours exécuté les commandes de la société française sans exprimer son acceptation » (Décision 313 - CNUDCI - Système CLOUT).

¹⁵⁶ L'ancien article 1.079 du Code civil, qui prescrivait la liberté de forme pour les manifestations de volonté, n'a pas de correspondant exact dans le Code civil de 2002. L'article 107 toutefois, se référant à la déclaration de volonté, confirme la liberté de forme. Cette règle de droit des obligations s'applique aux déclarations de volonté en général et notamment à la formation du contrat. Le nouveau Code civil a donné une valeur privilégiée à la « volonté déclarée », sans toutefois gommer les « manifestations implicites de volonté », comme c'est le cas du « silence circonstancié » prévu par l'article 111 du Code civil brésilien ; Le nouveau Code a pris ainsi parti pour la volonté déclarée, lorsqu'il prescrit que la réserve mentale ne sera pas prise en compte, sauf si le destinataire de l'émission de volonté avait connaissance de cette réserve mentale.

¹⁵⁷ Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., v. I, n° 83. Selon Orlando GOMES, *Contratos*, cit., p. 65, l'utilisation par une personne des marchandises qui lui ont été livrées sans qu'une commande antérieure ait été expédiée constitue une acceptation si le destinataire des marchandises en se les appropriant en utilisant celles-ci, comme s'il en était le propriétaire.

¹⁵⁸ Art. 111 du Code civil brésilien. Pour une lecture sous l'égide du Code civil brésilien de 1916, voir Miguel M. de Serpa Lopes, *O silêncio como manifestação de vontade*, Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1935. Pour une lecture sous l'égide du Code civil brésilien de 2002, voir Vera M. Jacob de Fradera, *O valor do silêncio no novo Código Civil*, In: Arruda Alvim et al (orgs.) *Aspectos contravenidos do novo Código Civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 569-582.

¹⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 24 mai 2005, 02-15188.

¹⁶⁰ Art. 432 du Code civil brésilien. Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 51 rappelle qu'il faut distinguer entre le comportement qui caractérise une omission, le comportement concluant et l'inaction, qui sont souvent comprises dans la catégorie de déclarations tacites. Cette distinction permet de faire une deuxième distinction : celle de « silence circonstancié », qui caractérise une présomption

exceptionnel, si le destinataire d'une offre n'envoie pas sa réponse dans le délai fixé, l'auteur de l'offre peut considérer comme acceptés les termes de sa proposition si les circonstances ne requièrent pas une acceptation expresse ou si l'offrant a déclaré celle-ci comme non indispensable¹⁶¹, ce qui est contraire aux termes établis dans l'article 18. 2 de la Convention de Vienne¹⁶².

§ 2 – Le moment de la conclusion du contrat

Selon les termes de la Convention de Vienne, « *le contrat est conclu au moment où l'acceptation d'une offre prend effet conformément aux dispositions de la présente Convention* »¹⁶³.

Le droit interne brésilien ne dispose pas d'une règle semblable, mais la rencontre de l'offre et de l'acceptation caractérise la conclusion du contrat¹⁶⁴.

Par contre, des divergences apparaissent entre le système adopté par la Convention de Vienne et les normes de droit interne de la vente au Brésil, quant aux systèmes adoptés pour la détermination du moment de la conclusion du contrat.

Pour la conclusion du contrat de vente internationale de marchandises, et pour l'ensemble des manifestations de volontés, la Convention de Vienne a adopté le système dit de la réception¹⁶⁵ : l'offre ne prend effet qu'une fois parvenue au destinataire¹⁶⁶ ; il en va de même quant à son rejet¹⁶⁷ et son acceptation¹⁶⁸.

Le contrat est conclu au moment où l'acceptation ou toute autre manifestation d'intention « *parvient* » à son destinataire ; selon l'article 24 CVIM, la manifestation d'intention est censée parvenir au destinataire « lorsqu'elle lui est faite verbalement ou est délivrée par tout autre moyen au destinataire lui-même, à son établissement, à son adresse postale ou, s'il n'a pas d'établissement ou d'adresse postale, à sa résidence habituelle »¹⁶⁹.

Au Brésil, le système adopté pour la conclusion du contrat est celui dit de l'expédition. Selon le droit interne brésilien, les contrats entre absents sont considérés conclus dès que l'acceptation est « *expédiée* », sauf dans l'hypothèse de rétractation de l'acceptation, dans l'hypothèse où l'offrant se dispose à attendre une réponse et dans le cas où l'acceptation n'arriverait pas à son destinataire dans le délai fixé¹⁷⁰.

de volonté, et l'action de volonté. La valeur attribuée au silence dépendra des circonstances de fait et devra être inférée d'un comportement qui caractérise une omission. Dans le même sens, Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio jurídico : existência, validade e eficácia*, cit., p. 129 -132. Selon l'auteur, le silence comme forme d'acceptation fait naître un droit à dommages-intérêts lorsque le contractant agit de mauvaise foi ou lorsque le silence fait naître une expectative dans la sphère juridique de l'autre contractant. Voir également, Maristela Basso, *Contratos internacionais*, cit., p. 38-40. Selon l'auteur, le silence doit être accepté, sous réserve, comme manifestation de volonté dans les contrats internationaux.

¹⁶¹ Cf. art. 432 du Code civil brésilien. Dans ces hypothèses, le silence est qualifié par la doctrine de « *silêncio circunstanciado* » (Orlando Gomes, *Contratos*, p. 51) et de « *silêncio conclusivo* » (Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, cit., p. 19). La doctrine rappelle que le silence circonstancié ne signifie pas acceptation si l'offre contient des clauses comminatoires, selon lesquelles l'objet sera considéré comme livré, s'il n'est pas récusé dans un délai déterminé (Orlando GOMES, *Contratos*, cit., p. 52).

¹⁶² Art. 18. 2 CVIM.

¹⁶³ Art. 23 CVIM.

¹⁶⁴ Art. 482 du Code civil brésilien.

¹⁶⁵ Art. 23 CVIM.

¹⁶⁶ Art. 15 CVIM.

¹⁶⁷ Art. 17 CVIM.

¹⁶⁸ Art. 18.2 CVIM.

¹⁶⁹ Selon l'article 24 CVIM. Cet article constitue une aide à l'interprétation en prononçant une définition légale du mot '*parvient*' dans le sens de la Convention » Birgit Riemer, *La vente internationale de marchandises*, Mémoire, Berlin, 2000, p. 9.

¹⁷⁰ Art. 434 du Code civil brésilien.

En France, l'article 1369-5¹⁷¹ établit que dans le cadre des contrats conclus par voie électronique, « *pour que le contrat soit valablement conclu, le destinataire de l'offre doit avoir eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total, et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation. L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée et la commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ils sont adressés peuvent y avoir accès* ».

Les exceptions sont prévues pour les cas où « *les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques* »¹⁷², et les dérogations sont prévues dans les hypothèses où les conventions sont conclues entre professionnels¹⁷³.

La simplicité est prônée par l'article 1369-7 du Code civil, selon lequel, « *Une lettre simple relative à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat peut être envoyée par courrier électronique. L'apposition de la date d'expédition résulte d'un procédé électronique dont la fiabilité est présumée, jusqu'à preuve contraire, lorsqu'il satisfait à des exigences fixées par décret en Conseil d'Etat* »¹⁷⁴.

Pour la formation du contrat, une interaction entre ses actes constitutifs est forcément nécessaire ; ainsi, il faut analyser d'abord les effets de l'offre (A) puis les effets de l'acceptation (B), pour extraire les points de convergence et de divergence entre le système interne brésilien et la Convention de Vienne.

A - Les effets de l'offre

Le principal effet de l'offre est son effet attributif : l'offre est une déclaration de volonté qui se caractérise comme un « *droit formateur générateur* ». Son émission fait naître dans le patrimoine de son auteur un *vinculum iuris*¹⁷⁵ ; la réception de l'offre par son destinataire fait naître dans le patrimoine de son destinataire un « *véritable droit subjectif* » de conclure le contrat – le droit d'acceptation¹⁷⁶.

Selon le système de la Convention de Vienne et le droit interne brésilien, il est possible de rétracter et de révoquer l'offre. « *La révocation se distingue de la rétractation en ce qu'elle concerne une offre qui a pris effet* »¹⁷⁷.

Selon M. AUDIT, « *rétractation et révocation sont dans la convention deux notions biens distinctes : la première est susceptible d'intervenir avant que l'offre soit parvenue au destinataire, la seconde après. Lorsqu'une offre est valablement rétractée, les règles relatives à la révocation (art. 16) sont sans application aucune* »¹⁷⁸.

¹⁷¹ Créé par l'Ordonnance 2005-674, du 16 juin 2005, art. 11, III JORF 17 juin 2005.

¹⁷² Art. 1369-6 du Code civil : « *Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1369-4 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-5 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques* ».

¹⁷³ Il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 1369-5 et des 1° à 5° de l'article 1369-4 dans les conventions conclues entre professionnels (partie finale de l'article 1369-6 du Code civil français).

¹⁷⁴ Des détails sur l'expédition, la date et la présomption de lecture de la lettre et des communications électroniques sont fournis par les articles 1369-8 et 1369-9 du Code civil français.

¹⁷⁵ Selon les termes de l'article 427 du Code civil brésilien.

¹⁷⁶ Eddy Lamazerolles, *Les apports de la Convention de Vienne au droit interne de la vente*, Thèse, Poitiers, 2000, p. 54 et s.

¹⁷⁷ Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., p. 60.

¹⁷⁸ Art. 428. IV du Code civil brésilien.

Dans la première hypothèse, prévue par l'article 15. 2, de la Convention¹⁷⁹, la rétractation devra parvenir au destinataire avant ou en même temps que l'offre. Cette possibilité découle du fait que l'offre ne prend effet qu'à la date de réception par son destinataire¹⁸⁰. Jusqu'à ce moment, son auteur est libre de revenir sur sa proposition.

La deuxième hypothèse est prévue par l'article 16. 1 de la Convention de Vienne¹⁸¹, qui envisage la possibilité de révocation d'une offre si cette révocation parvient au destinataire avant que celui-ci ait expédié une acceptation. Dans cette hypothèse, la Convention applique la théorie de l'émission, « *afin de ne pas conférer à l'offrant un avantage prolongé* »¹⁸².

Selon la Convention de Vienne, une offre ne peut pas être révoquée si elle indique, en fixant un délai déterminé pour l'acceptation, qu'elle est irrévocable, si elle indique qu'elle est irrévocable et s'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en conséquence¹⁸³.

La première hypothèse ne présente pas de difficultés si l'irrévocabilité a été stipulée en termes exprès. La question se pose de savoir si l'irrévocabilité peut être implicite. La Convention l'admet, mais l'interprétation des cas d'irrévocabilité implicite devra être effectuée à la lumière de l'article 8 de la Convention¹⁸⁴.

Le deuxième cas d'irrévocabilité d'une offre, prévu par la Convention de Vienne, impose deux conditions, cumulativement exigées. Selon la première condition, il faut que l'offre n'ait été ni expressément, ni implicitement stipulée comme irrévocable par son auteur et qu'elle soit de nature à faire naître une présomption d'irrévocabilité¹⁸⁵. La deuxième condition se rapporte au comportement du destinataire de l'offre, qui doit avoir agi en conséquence de sa croyance raisonnable de l'irrévocabilité, comme par exemple, dans les actes d'exécution du contrat, d'appropriation ou d'utilisation de la marchandise.

Si la Convention de Vienne admet l'hypothèse de la révocation de l'offre, elle ne se prononce pas quant aux effets de la révocation. La réponse à cette question est donnée par la doctrine.

Comme l'observe M. Vincent Heuzé, dans cette hypothèse, il faut appliquer par analogie les articles 74 et suivants de la Convention de Vienne relatifs aux dommages-intérêts qui peuvent être dus par l'une des parties à raison d'une contravention aux obligations nées d'un contrat valablement conclu¹⁸⁶.

¹⁷⁹ Art. 15. 2 CVIM.

¹⁸⁰ Art. 15. 1 CVIM.

¹⁸¹ Art. 16.1 CVIM.

¹⁸² Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., p. 61.

¹⁸³ Art. 16.2 CVIM.

¹⁸⁴ Comme le remarque Bernard Audit (*La vente internationale de marchandises*, cit., p. 61), « *A vrai dire, la fixation d'un délai signifie incontestablement que l'acceptation donnée après son expiration sera sans valeur mais elle n'emporte pas de soi que l'offre est irrévocable. L'on pourrait donc n'y voir qu'une présomption d'irrévocabilité, à charge pour l'offrant de faire la preuve contraire* ». Selon l'auteur, les formules que pourront contenir la clause implicite d'irrévocabilité devront être interprétées à la lumière de l'article 8 de la Convention de Vienne. Les difficultés de preuve qui se présentent à l'auteur de l'offre par l'application de l'alinéa a de l'article 16 seront atténuées par l'application d'alinéa b, du paragraphe 2 de l'article 16 de la CVIM « *s'il était raisonnable pour le destinataire de considérer l'offre comme irrévocable et s'il a agi en conséquence* ».

¹⁸⁵ Vincent Heuzé, op. cit., p. 160, observa qu'« *En effet, on a vu que le principe retenu par la CVIM était celui de la libre révocabilité de l'offre. Il sera, dès lors, difficile d'admettre, dans un cas donné, que la croyance de son destinataire en son irrévocabilité, serait-elle avérée, aura été raisonnable* ».

¹⁸⁶ Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, cit., p. 161-162.

Si l'on adopte la thèse du contrat non conclu, la Convention de Vienne ne réglant pas la phase des *pourparlers*, il faut prendre partie pour l'application des principes généraux dont s'inspire la Convention et, le cas échéant, pour l'application du droit national indiqué pour régler les questions de fond non tranchées par la Convention elle-même.

En ce qui concerne l'inefficacité de l'offre, il faut encore relever la possibilité de caducité de l'offre.

La Convention de Vienne envisage deux hypothèses de caducité de l'offre - le rejet de l'offre par son destinataire¹⁸⁷ et l'expiration du délai fixé par l'offrant¹⁸⁸. Ces deux hypothèses soulèvent des difficultés.

Dans l'article 19, alinéa 1^{er}, la Convention de Vienne règle le cas dans lequel l'acceptation ne correspond pas exactement à l'offre. Cette hypothèse, fréquente dans les relations commerciales, se présente le plus souvent lors de l'échange des conditions générales de vente et d'achat qui peuvent se contredire. La Convention de Vienne ne prévoit aucune réglementation particulière aux conflits entre conditions générales. La doctrine¹⁸⁹ préconise l'application de la règle posée par l'article 19.

En cas de discordance entre l'offre et la réponse, l'article 19, alinéa 1^{er} de la Convention de Vienne formule le principe selon lequel une telle réponse vaut rejet de l'offre ou contre-offre.

Le rejet de l'offre peut être considéré comme un rejet pur et simple ou comme une contre-offre¹⁹⁰, dès lors que la réponse de l'acceptant est suffisamment précise¹⁹¹.

Une contre-offre nécessite elle-même une acceptation pour que le contrat soit formé. Adoptant la règle du « *consensus ad idem* », qualifiée en *common law* de « *mirror image rule* »¹⁹², l'article 19 alinéa 2 énonce que seules les modifications essentielles apportées par une réponse constitue une contre-offre. Ainsi, la question qui se pose est celle de savoir quand les modifications « altèrent substantiellement les termes de l'offre ». L'article 19, alinéa 3 fournit une liste de telles modifications ; les éléments de cette liste montrent que la plupart des situations tomberont sous l'hypothèse formulée par l'article 19, alinéa 1^{er} et que la solution retenue par la Convention de Vienne est celle du dernier mot - *last shot*, en *common law*. Selon cette théorie, la partie qui a envoyé en dernier ses conditions voit ses conditions l'emporter sur celles de l'autre partie¹⁹³.

Selon M. Bernard Audit, l'article 19, alinéa 2 « énonce qu'une réponse qui tend à l'acceptation d'une offre mais qui contient des éléments complémentaires ou différents n'altérant pas sensiblement les termes de l'offre constitue une acceptation. Le contrat est donc formé et la fin du texte précise qu'il l'est

¹⁸⁷ C'est l'hypothèse de l'article 17 de la CVIM.

¹⁸⁸ Cette hypothèse est prévue par l'article 18.2 de la CVIM.

¹⁸⁹ Claude Witz, note sous Cass. 1^{ère} civ. *Dalloz* 1999, p. 117. Christian Mouly, Formation du contrat de vente, In : *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms*, cit., p. 65.

¹⁹⁰ La question est posée par l'article 19.1 de la CVIM. On relève une décision rendue par l'« *Oberlandesgericht Hamm* », le 22 septembre 1992 (décision commentée par Claude Witz, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale de marchandises*, cit., p. 58-59). (Décision n° 227 - CNUDCI Système CLOUT).

¹⁹¹ L'« *Oberlandesgericht Frankfurt* » a eu l'occasion de se manifester à cet égard dans la décision du 4 mars 1994. (Décision n° 121 - CNUDCI Système CLOUT).

¹⁹² Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., n° 70, p. 68-70.

¹⁹³ Christian Mouly, Que change la Convention de Vienne sur la vente internationale par rapport au droit français interne ? In : *Recueil Dalloz Sirey*, 1991, 11^e Cahier, Chronique, p. 77-79, p. 77-78.

*aux conditions de l'offre avec les modifications comprises dans l'acceptation. C'est l'application de la théorie du dernier mot (ou last shot)*¹⁹⁴.

L'expiration du délai de l'acceptation peut engendrer deux situations. La première est celle où l'acceptation est tardive, mais qu'elle produira néanmoins effet si l'offrant communique sans retard à l'acceptant qu'il veut conclure le contrat ; dans ce cas, l'offre n'est pas caduque¹⁹⁵. La deuxième situation est celle où l'expiration du délai est due à une défaillance des moyens de communication : l'acceptation est efficace, à moins que l'offrant ne notifie à l'acceptant que son offre est caduque¹⁹⁶.

La notion de contre-offre est liée à la notion d'acceptation, soit par l'altération substantielle des termes de l'offre, soit comme effet d'une acceptation tardive¹⁹⁷.

Il y a altération substantielle des termes de l'offre lorsque son destinataire introduit des éléments complémentaires ou différents relatifs aux éléments essentiels de l'offre, tels que le prix, le paiement, la qualité et la quantité des marchandises, le lieu et le moment de la livraison, l'étendue de la responsabilité d'une partie à l'égard de l'autre ou le règlement des différends¹⁹⁸.

Deux cas peuvent alors se présenter¹⁹⁹ : soit l'offrant « *dénonce expressément à l'acceptant les différences séparant les termes de la réponse de ce dernier et ceux de sa proposition 'sans retard injustifié'* », auquel cas le contrat ne sera pas conclu ; soit au contraire l'auteur de l'offre ne réagit pas, auquel cas « *les termes du contrat sont ceux de l'offre, avec les modifications comprises dans l'acceptation* »²⁰⁰.

En droit brésilien, l'émission d'une offre oblige l'offrant, à moins que l'offre ne contienne une stipulation contraire ou que la nature de l'affaire et les circonstances de la cause ne s'y opposent²⁰¹.

Les propositions adressées aux personnes présentes n'obligent pas leur auteur, si elles sont faites sans délai préfixé et si elles ne sont pas suivies d'une acceptation immédiate²⁰².

Quant aux propositions adressées à des personnes absentes, trois hypothèses peuvent se présenter. L'offre n'est pas obligatoire si la proposition ne comporte pas de délai et qu'un temps suffisant s'est écoulé sans que l'acceptation ne soit parvenue à l'auteur de l'offre. De même, l'offrant n'est pas lié dans l'hypothèse où un délai d'acceptation a été fixé et que la réponse n'a pas été expédiée durant ce délai. L'offre n'est pas davantage obligatoire si sa rétractation parvient au destinataire avant ou en même temps que l'offre²⁰³.

Dans l'hypothèse de la rétractation de l'offre, le droit brésilien adopte la théorie de la réception, en symétrie avec la Convention de Vienne qui, rappelons-le, adopte également la théorie de la réception²⁰⁴.

¹⁹⁴ Bernard Audit, *La vente internationale de marchandises*, cit., n° 70, p. 68-70.

¹⁹⁵ C'est l'hypothèse prévue par l'article 21.1 de la CVIM.

¹⁹⁶ Art. 21.2 CVIM.

¹⁹⁷ Les termes des alinéas 2 et 3 de l'article 19 de la Convention de Vienne, présentent la notion de contre-offre.

¹⁹⁸ Comme le prévoit l'alinéa 3 de l'article 19 CVIM.

¹⁹⁹ Comme le prévoit l'alinéa 2 de l'article 19 CVIM.

²⁰⁰ Vincent Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, cit., p. 166.

²⁰¹ Art. 427 du Code civil brésilien.

²⁰² Alinéa I de l'art. 428 du Code civil brésilien.

²⁰³ Alinéas II à IV de l'art. 428 du Code civil brésilien.

²⁰⁴ Art. 15.2 CVIM.

Dans l'hypothèse de la révocation de l'offre, la Convention de Vienne adopte, rappelons-le, la théorie de l'émission²⁰⁵.

Le destinataire doit recevoir la rétractation avant ou en même temps que l'offre. Si la rétractation parvient à son destinataire après la réception de l'offre, mais avant qu'il n'ait expédié une acceptation, le contrat ne sera pas conclu.

Selon le droit interne brésilien, qui adopte la théorie de l'expédition de l'acceptation pour déterminer le moment de conclusion du contrat, la rétractation est inefficace si la rétractation parvient au destinataire de l'offre après l'expédition de l'acceptation. Dans cette hypothèse, on est en présence d'une révocation.

En droit brésilien, l'offre est en principe irrévocable. Il ne s'agit que d'une règle de principe, car l'offrant peut exclure le caractère d'irrévocabilité de son offre en indiquant expressément cette possibilité, selon les termes de l'article 427 du Code civil de 2002.

En droit français, comme en droit brésilien, l'offre prend effet par son envoi au destinataire²⁰⁶ et est, en principe, révocable, dès qu'elle n'est pas parvenue à son destinataire. La rupture abusive des négociations préliminaires, faute de précisions dans les deux Codes civils, peut engager une responsabilité extracontractuelle. Comme le relève la doctrine : « l'interruption abusive des négociations par le fait d'une partie relèverait des conséquences de la rupture abusive des pourparlers, et engagerait une responsabilité délictuelle »²⁰⁷.

La question qui se pose à propos de la possibilité de rétractation de l'offre en droit français est celle de savoir s'il est possible de se rétracter lorsque l'acceptation n'a pas été encore émise par le destinataire d'offre²⁰⁸. La doctrine française tend à distinguer entre « les offres assorties de délai et celles qui ne le sont pas. Si l'offre comporte un délai, elle doit être maintenue pendant toute sa durée par le pollicitant. Si l'offre ne comporte aucun délai, elle peut être révoquée aussi longtemps que l'on n'a pas reçu de la part de son destinataire une acceptation »²⁰⁹.

Les auteurs remarquent « l'utilisation de plus en plus fréquente par le juge du fond du 'délai raisonnable' qui tend à atténuer la différence entre offre avec ou sans délai ». Selon les auteurs, « en raison des circonstances de l'espèce, le juge peut estimer que l'offre sans délai en comportait implicitement un »²¹⁰, l'offre ne pouvant alors être révoquée avant l'expiration de ce délai²¹¹.

²⁰⁵ Art. 16. 1 CVIM.

²⁰⁶ Cass. com. 6 mars 1990, *Bull. civ.* IV n° 74. Voir en doctrine, Luc GRYNBAUM, Contrats entre absents : les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation, In : *Le Dalloz* n° 26/7123^e, juillet 2003, p. 1706-1710, cité par Iacry de Aguiar Vieira, La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et son applicabilité au Brésil, cit., ainsi que par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 820, note de bas de page n° 39.

²⁰⁷ Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, cit., p. 15. Christian Larroumet, *Droit civil*, Les Obligations, Le Contrat, 2^e partie, Effets, cit., p. 617.

²⁰⁸ Cass. com. 7 janv. 1981, *Bull. civ.* IV n° 14. Décision citée par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 820, note de bas de page n° 40.

²⁰⁹ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 820. Les auteurs se réfèrent à l'arrêt Cass. civ. 17 déc. 1958, *D.*, 1959, J. p. 33.

²¹⁰ Cass. civ. 3, 15 déc. 1999, pourvoi n° 98-10.295.

²¹¹ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 820, note de bas de page n° 42.

Cette notion de '*délai raisonnable*' a été également utilisée en droit français en ce qui concerne le délai du destinataire d'offre envoyer l'acceptation²¹².

On voit là une influence de la Convention de Vienne sur le droit interne français. Cette Convention utilise la notion de délai raisonnable maintes fois, comme un *standard de comportement*.

B - Les effets de l'acceptation

Aux termes de la Convention de Vienne, l'acceptation d'une offre prend effet au moment où elle parvient à l'auteur de l'offre²¹³.

Rappelons que l'acceptation ne produit aucun effet si elle modifie substantiellement les termes de l'offre : selon les termes de l'article 19 de la Convention de Vienne, « *Une réponse qui tend à être l'acceptation de l'offre mais qui contient des additions, des limitations ou autres modifications, est un rejet de l'offre et constitue une contre-offre* ».

Le droit brésilien consacre une formule identique et considère l'acceptation tardive comme une contre-offre²¹⁴. L'acceptation tardive ne produit pas d'effet en tant qu'acceptation, même si le retard est dû à des motifs imprévus. Toutefois, l'auteur de l'offre doit communiquer ce retard à l'acceptant, sous peine de versement de dommages et intérêts²¹⁵.

Sur ce point, la Convention de Vienne adopte une position contraire. L'article 21, alinéa 1^{er}, attribue effet à l'acceptation tardive si l'offrant notifie, sans retard, à l'acceptant que son acceptation est efficace. Selon l'article 21, alinéa 2 de la Convention de Vienne²¹⁶, il est présumé que l'acceptation est efficace et que le contrat est conclu dans le délai pré-établi, à moins que l'offrant ne notifie immédiatement à l'acceptant que son offre est caduque²¹⁷.

L'autre hypothèse d'inefficacité de l'acceptation prévue par la Convention et par le droit brésilien est celle de la rétractation de l'acceptation. La rétractation de l'acceptation est admise selon l'article 22 de la Convention de Vienne. La condition requise est que la rétractation parvienne à l'auteur de l'offre avant ou au même moment que l'acceptation²¹⁸. Cette condition est également admise par le droit interne brésilien, qui consacre à cet égard la théorie de la réception²¹⁹.

En droit français, « *l'acceptation doit être pure et simple pour aboutir à la formation du contrat. Tant qu'il n'y a pas accord sur les éléments essentiels du contrat, la jurisprudence française estime qu'il n'y a pas contrat mais avant-contrat* »²²⁰.

²¹² Cass. civ. 1, 2 mars 1999, pourvoi n° 97-14.921 ; Cass. civ. 3^e, 20 mai 1992, *Bull. civ.* III, n° 164. Décisions citées par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., note de bas de page n° 42. Une autre décision rendue également par la Cour de cassation française, va dans le même sens, en utilisant une conception large du délai raisonnable, comme le remarque Patrick Blanchard, Offre et acceptation dans la négociation du contrat international. Réflexions comparatistes, cit. p. 21, note de bas de page n° 81 ; Cass. 3^e civ., 25 mai 2005 pourvoi n° 03-19.411.

²¹³ Art. 18.2 CVIM.

²¹⁴ En cas de retard dans son expédition ou sa réception, l'acceptation tardive peut être considérée comme une contre-offre selon les dispositions de l'art. 431 du Code civil brésilien.

²¹⁵ Art. 430 du Code civil brésilien.

²¹⁶ Art. 21.1 CVIM.

²¹⁷ Art. 21.2 CVIM.

²¹⁸ Art. 22 CVIM.

²¹⁹ Art. 433 du Code civil brésilien.

²²⁰ Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 821.

En droit français l'acceptation doit être expresse et devant le silence du destinataire de l'offre il n'y a pas en principe acceptation²²¹. Les exceptions sont possibles, en raison des usages, comme le prévoit l'article 1135 du Code civil français²²².

En ce qui concerne l'acceptation avec modification, c'est encore la jurisprudence qui donne les traces en droit français : « *toute réponse différente équivaut non à une acceptation de l'offre mais à une nouvelle offre* »²²³.

A partir de cette nouvelle offre, on recommence les négociations précontractuelles, qui pourront aboutir soit à la conclusion du contrat soit à son échec.

²²¹ La jurisprudence est ancienne : Req. 29 mars 1938, *DP* 1939, 1., note Voinin. Décision citée par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, *L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale* : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., note de bas de page n° 47.

²²² Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, *L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale* : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 821.

²²³ Comme par exemple, les décisions Civ. 1, 2 déc. 1997, *Bull. civ.* I, n° 341 ; Civ. 2, 16 mai 1990, *Bull. civ.* II n° 98, citées par Anja Huber et Laurence Nicolas-Vullierme, *L'accord de volontés dans le contrat de vente internationale* : CVIM, Codes civils français et allemand et Code de commerce des Etats-Unis, cit., p. 822 et note de bas de page n° 54.

« POURQUOI PROTÉGER LES CONSOMMATEURS ? »

ANALYSE COMPARATIVE ENTRE LES SYSTÈMES SOCIO-ÉCONOMIQUES ET JURIDIQUES EUROPÉEN ET BRÉSILIEN

Wellerson Miranda Pereira¹

Introduction; Chapitre I – Les raisons d’une protection juridique des consommateurs; Section I - Les raisons d’ordre économique qui justifient la protection juridique des consommateurs ; Section II - Les raisons d’ordre social qui justifient la protection juridique des consommateurs ; Chapitre II – La nécessité d’une protection spécifique des consommateurs ; Section I - Inadaptation du droit commun ; Section II - Particularismes du droit de la consommation ; Conclusion ; Références

Introduction

« La consommation est devenue la morale de notre monde. Elle est en train de détruire les base de l’être humain »². L’affirmation du sociologue est grave. Elle appelle le juriste à la réflexion sur le phénomène de la consommation. Le consommateur, pivot (ou victime?) de ce mouvement de la société moderne, émerge donc comme objet d’intérêt fondamental. La compréhension des mécanismes structurels du phénomène de la consommation dans les contextes socio-économiques où il est amené à consommer nous incite à la recherche scientifique.

Nous nous proposons de répondre, dans le cadre de cette étude, à la question de savoir pourquoi faut-il protéger les consommateurs. Le sujet n’est pas nouveau, nombreuses sont les études entamées dans le but d’apporter les justifications du droit de la consommation. La méthode, cependant, y constitue certes un facteur de distinction, consistant à fournir des éléments de comparaison entre les besoins de protéger les consommateurs au Brésil et en Europe. Au vieux continent, nous limiterons l’analyse aux ordres juridiques français, suisse et communautaire.

Afin de rendre plus facile la compréhension de l’analyse proposée, il faut souligner, dès le départ, l’objectif principal du droit de la consommation: « il cherche à équilibrer les relations entre professionnels et consommateurs »³. Le mot *équilibre*, nous le verrons, joue un rôle fondamental pour la compréhension des objectifs de cette branche du droit.

Si, d’une part, aujourd’hui, il n’est plus question de plaider la reconnaissance de l’existence et la légitimité du droit de la consommation, il n’en demeure pas moins que la perception de la notion de consommateur comme un sujet de droits privilégié, reste encore très floue.

¹ Doctorant en cotutelle de thèse à l’Université de Savoie et à l’Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

² J. P. Mayer, préface à l’ouvrage de J. Baudrillard, *La société de consommation*, 1970, Éditions Denoël, p. 14.

³ J. Calais-Auloy, *Droit de la Consommation*, Dalloz, 6^e éd., 2003, p. 3.

En effet, si on prétend que, dans une perspective juridique, la consommation concerne les rapports marchands entre consommateurs et professionnels, on se rendra compte que du point de vue purement technique, « on a toujours consommé et le consommateur existe depuis des millénaires. Ses problèmes se perdent dans la nuit des temps. Ses luttes datent de l'apparition du commerce. Déjà la Bible pose des règles contre les fraudes des commerçants. Aux débuts de Rome, la loi des XII Tables contient des dispositions en faveur des acheteurs... L'histoire des consommateurs c'est alors l'histoire de l'humanité ! »⁴.

Et pourtant, on ne parle de consommateurs et des mouvements destinés à promouvoir leurs intérêts en tant que tels que depuis quelques décennies.

En réalité, plusieurs facteurs expliquent la naissance tardive de ces mouvements, la plupart fondée sur les théories économiques et politiques de la liberté du commerce et de l'élimination des entraves aux échanges marchands: le développement sans précédents de l'économie et l'accroissement démesuré de la production depuis les années 1960, l'agrandissement de la taille des entreprises, la complexité plus grande des produits et des services, le développement du crédit, de la publicité et des techniques de *marketing*⁵, « société de consommation – néons – nylons – antibiotiques – cartes de crédit – agences de voyages – la publicité partout – la télévision triomphante. Civilisation des Carrefours et retour en force des Mammouths. Tout cela date d'hier. Des années 60. »⁶

Simultanément, surtout dans des pays dits du tiers monde, un brutal mouvement migratoire urbain, l'amélioration de la condition de vie par de nouvelles techniques médicales, le progrès de la chimie et de l'industrie pharmaceutique, l'explosion démographique vérifiée dans des pays tels que le Brésil⁷ et les politiques économiques menées par ses gouvernants de l'époque promettant une croissance de « 50 ans en 5 »⁸, enfin, constituent tous des événements qui ont entraîné le phénomène appelé la consommation de masse ou la *société de consommation*.

En face de si profonds changements de la vie quotidienne dans ces sociétés, « de multiples initiatives, émanant des pouvoirs publics mais aussi des tribunaux et d'organismes représentatifs d'intérêts privés, parmi lesquels essentiellement les groupements professionnels et les organisations de consommateurs, se sont développées dans le but commun, implicite ou clairement exprimé, d'assurer et d'accroître la protection des intérêts des consommateurs sur le marché des biens et des services circulant au sein du système économique. Pour y parvenir, il est

⁴ L. Bihl, *Une histoire du mouvement consommateur, mille ans de lutes* 1984, Aubier, p. 8-10.

⁵ J. Calais-Aloy, *op. cit.* p. 1.

⁶ L. Bihl, *op. cit.* p. 7.

⁷ Un exemple anecdotique est le fait qu'à l'occasion de la coupe du monde de football en 1970 chaque brésilien répétait le *jingle* créé par les entreprises parraineuses de l'équipe nationale pour la faire supporter: « Nous sommes 90 millions en action, allez Brésil... » Quelques 20 ans après, le pays compte sur une population doublée, de plus de 180 millions d'habitants. Les données sont fournies par l'Institut Brésilien de Géographie et Statistique, sur le site Internet <http://www.ibge.gov.br> (site visité le 30.8.2004)

⁸ «Le gouvernement du président brésilien Juscelino Kubstichek, dont la devise était '50 ans en 5', avait pour but de moderniser le pays et le doter d'industries de base et de biens de consommation. Pendant cette période la société brésilienne acquerrait définitivement son aspect urbain, animée par l'idéologie du développement et par l'association avec le capital extérieur, à travers l'installation d'un ensemble industriel nouveau et sophistiqué. Pour la première fois dans l'histoire du pays, les masses urbaines apparaissaient dans le scénario politique et la ville se transformait, sans retour, dans le centre décisionnel de la vie nationale. » *Contexte historique des années 1950*, libre traduction du texte obtenu sur le site Internet <http://www.artbr.com.br/casa/>

notamment fait appel à l'instrumentation juridique ; on a pu voir ainsi se modeler un ensemble normatif nouveau, qualifié le plus généralement de 'droit de la consommation'. »⁹

Thierry Bourgoignie explique que le développement du droit de la consommation s'entoure en effet d'une grande ambiguïté. « Les objectifs et le domaine du droit de la consommation n'apparaissent pas de façon claire. [...] Des solutions nouvelles et parfois audacieuses sont proposées dans certaines matières tandis qu'ailleurs, il est fait essentiellement appel aux mécanismes traditionnels du droit des contrats ; [...] des motivations à caractère social sont avancées pour justifier une intervention réglementaire accrue sur certaines questions, tandis qu'ailleurs l'effort se limite à encourager le libre jeu des rouages de l'économie de marché par l'amélioration des conditions de la concurrence et une plus grande transparence des échanges marchands. »¹⁰

Et l'auteur, en face de telles différences de développement et d'application du droit de la consommation pose une question cruciale, afin de définir la finalité essentielle de ce domaine du droit, qui se prétend autonome: « Le modèle juridique qu'il définit s'inscrit-il au sein des postulats qui caractérisent les rapports marchands auxquels donnent lieu les lois du marché dans la société de consommation actuelle, privilégiant les relations de type individuel et les critères d'efficacité économique ? Ou cherche-t-il, au contraire, à refléter une théorie sociale de la consommation, dénonçant le caractère mythificateur des instruments actuels de formalisation juridique des échanges entre professionnels et consommateurs pour y substituer un modèle normatif de type social ou collectif ? »¹¹

Ces approches ont été adoptées distinctement, dans des ordres juridiques divers. Elles trouvent leurs origines dans les sciences économiques et la distinction implique un grand impact sur le niveau de protection des consommateurs. Il s'agit effectivement de chercher les différentes notions de consommateur d'un point de vue interdisciplinaire.

L'origine des expressions « consommation, consommateur » provient du domaine de la science économique¹², celle-ci étant en effet « la seule apte à nous décrire l'environnement socio-économique au sein duquel le consommateur évolue, la fonction particulière que ce dernier y exerce et les conditions dans lesquelles il remplit son rôle. »¹³

Deux théories fondamentales ressortent de l'analyse économique du phénomène, exprimant des courants idéologiques véritablement opposés: l'une, identifiée généralement comme objective, vise précisément l'acte technique de consommation et envisage le consommateur comme un *agent économique individuel* ; l'autre, nommée subjective, cherche plutôt à définir la notion de consommateur comme une personne qui consomme, dans une perspective plus large et finaliste du phénomène caractérisant une *fonction de consommation*.

La première approche, qualifiée de théorie du consommateur individuel¹⁴, relève des observations du courant économique néo-classique, dont J. M. Keynes, se basant sur les assertions d'Adam Smith à propos des avantages du marché libre.

⁹ Th. Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Story Scientia, Bruxelles, 1988, p. 1-2.

¹⁰ *Idem.* p. 5.

¹¹ *Idem.* p. 6-7.

¹² J. Calais-Auloy, *op. cit.* p. 6.

¹³ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 15.

¹⁴ G. Delvax, F. Domont-Naert, C. Panier, Th. Bourgoignie. *L'aide juridique au consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 2.

Les partisans de cette théorie considèrent que ce qui caractérise un consommateur est l'accomplissement de l'acte technique d'épuiser la valeur d'un bien offert dans le marché, en achevant son processus économique. On consomme dans la mesure où l'on retire un bien circulant au sein du système économique. Le consommateur apparaît dès lors comme celui qui détruit un bien ou, plus précisément, en détruit la substance, l'utilité¹⁵.

Pour les néo-classiques, l'intervention de l'État en vue de protéger les consommateurs serait inutile, car c'est en effet la libre concurrence qui permet de promouvoir la protection des consommateurs.

La théorie du consommateur individuel a été contestée par les partisans d'une approche identifiée comme subjective ou finaliste¹⁶ du phénomène en question. Ce courant insiste sur la nécessité d'étudier le phénomène de la consommation en tant que fonction économique, plutôt qu'acte technique, se situant dans le cycle global : production – distribution – échange – consommation¹⁷.

Il en résulte un caractère implicite de vulnérabilité du consommateur. Ici, le professionnel est présumé être le pôle le plus puissant d'une relation par nature déséquilibrée, dans le cadre d'un système de production *vs.* consommation de masse.

On le voit, l'analyse socio-économique du phénomène de la consommation nous présente une vision plus ample de l'environnement où se développent les rapports entre professionnels et consommateurs. Elle est censée nous fournir les éléments nécessaires à poursuivre une étude juridique sur les besoins de protéger ceux-ci. Soit la théorie objective du consommateur individuel, soit la théorie subjective de la norme sociale de la consommation débouchent, chacune, sur une adaptation juridique propre et constituent, nous le verrons, des courants juridiques divers.

L'entreprise à suivre se déroulera en deux temps: dans un premier chapitre nous analyserons les raisons d'une protection juridique des consommateurs. Des raisons de plusieurs ordres, politiques, économiques, sociales, psychologiques et sociologiques qui entraînent le besoin d'une telle protection feront l'objet de ces premières études.

Dans un deuxième chapitre, une fois compris le besoin de les protéger juridiquement, nous poursuivrons la vérification de la nécessité d'une protection spécifique des consommateurs. Une étude préalable des instruments traditionnels du droit commun mis à disposition des consommateurs aura lieu. Ensuite nous passerons à l'analyse des

¹⁵ M. Wieviorka, *L'État, le patronat et les consommateurs*, Paris, PUF, 1977, p. 12. *apud* Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 34. La théorie néo-classique repose finalement sur quatre postulats fondamentaux: la production a pour seule finalité de satisfaire les besoins des consommateurs; le consommateur est un individu qui agit isolément dans le marché lors des rapports qu'il entretient avec son partenaire économique; il exerce rationnellement ses propres choix, en acquérant et en utilisant des biens et des services; le marché est le lieu privilégié de rencontre entre l'offre et la demande.

¹⁶ C. Marques, *op. cit.* p. 253.

¹⁷ G. Delvax *et alli*, *op. cit.* p. 2; Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 36-37: «Dans une société économique de type capitaliste, le phénomène de la consommation se caractérise par deux attributs essentiels: d'une part, l'émergence d'une 'norme sociale de consommation', désignant par là le développement d'un système de consommation de masse basé sur la production d'un nombre croissant de biens et d'activités plutôt que sur l'expression individuelle des consommateurs et dont, en conséquence, le consommateur perd la maîtrise; d'autre part, la naissance de ce que d'aucuns appellent le 'consommariat', à savoir la constitution d'un ensemble socio-économique regroupant des catégories de consommateurs différents mais qui présentent toutes, en dépit de leur diversité, le caractère commun d'un rapport obligé à la consommation marchande comme moyen d'existence.»

particularismes du droit de la consommation, avec ses propres instruments, ses différentes approches et ses solutions particulières dans le but de promouvoir une protection accrue des consommateurs.

Cette entreprise en deux temps devra nous fournir les éléments de conviction suffisants à fournir une réponse, modestement satisfaisante, à la question principale de savoir pourquoi il faut protéger les consommateurs.

Chapitre I - Les raisons d'une protection juridique des consommateurs

Le besoin de protéger le consommateur procède du déséquilibre et de la vulnérabilité dans lesquels il se trouve vis-à-vis du professionnel. La protection juridique des consommateurs relève, ainsi, d'un impératif démocratique de promotion de l'égalité entre les citoyens.

Ce déséquilibre porte sur plusieurs causes, qui peuvent être identifiées et classées selon différents ordres de nécessité de protection. Dans ce chapitre sont démontrées, d'abord (section I), les raisons d'ordre économique.

D'autres raisons, d'ordre plutôt social, sont aussi présentées (section II) ; elles doivent, cependant, être appréhendées dans un sens large, comprenant tant des raisons à caractère politique et sociologique, que celles qui se réfèrent aux entraves à l'accès à la justice. Des facteurs psychologiques et culturels qui exercent, eux aussi, une influence sur le besoin d'une telle protection sont traités dans le cadre des raisons énumérées ci-dessus.

Mais, remarquons bien : une étude sur les besoins de protéger les consommateurs doit, évidemment, supposer que les citoyens, de fait, consomment, qu'ils font partie d'une société de consommation. On remarquera, à cet égard, que les problèmes auxquels sont confrontés les consommateurs dans les pays industrialisés (atteintes à la sécurité et à la santé, qualité des biens et des services, publicités trompeuses et abusives, pratiques déloyales, manque d'accès à la justice etc.) sont également ressentis dans des pays moins développés.

Toutefois, dans le contexte socioéconomique du Brésil (et des pays en voie de développement en général) les besoins de protection directement liés au droit de la consommation se doubleront de problèmes d'ordre beaucoup plus vaste, eu égard à ses particularités économiques, politiques, sociales et culturelles, qui caractérisent des situations d'extrême pauvreté et de profondes inégalités. Les consommateurs sont encore confrontés à des problèmes, plus pressants, de malnutrition, brève espérance de vie, difficulté d'accès aux biens et services élémentaires, inflation, constantes menaces aux institutions démocratiques, analphabétisme, chômage, maladies endémiques, manque absolu d'information etc.¹⁸

L'observation est significative, car une étude centrée exclusivement sur le mode et le processus de consommation typiques des pays industrialisés risque de se muer en une analyse élitiste, discriminatoire et non efficace du besoin d'apporter une protection juridique aux consommateurs agissant dans le contexte socio-économique en question.

¹⁸ La solution de ces problèmes échappe, par ailleurs, au champ d'application plus restreint du droit de la consommation. Il n'est pas question de rechercher, ici, les réponses à tous ces problèmes. Mais une analyse des besoins de protéger juridiquement les consommateurs doit en tenir compte, car ils exercent certes un impact sur les mesures spéciales à entreprendre.

En effet, la doctrine a élargi le concept de protection juridique, en faisant allusion plutôt au concept d'« aide juridique »¹⁹, en ce sens qu'une politique de protection qui conduise les consommateurs à exercer pleinement leurs droits, en tant que citoyens, doit tenir compte d'aspects bien plus vastes, de l'environnement où ils agissent.

C'est peut-être par rapport à cet ample concept d'aide juridique qu'il faudra, enfin, comprendre les besoins de protection des consommateurs dans les contextes socio-économiques que nous nous sommes proposés d'analyser.

Section I. Les raisons d'ordre économique qui justifient la protection juridique des consommateurs

Dans le contexte économique actuel du monde globalisé, les lois du marché, la concurrence idéale entre les entreprises, se trouvent démenties par la réalité. La souveraineté du consommateur, la façon libre et rationnelle dont il ferait ses choix, apparaissent bien théoriques lors de la constatation de la formation d'une *norme sociale de consommation*. La constatation des défaillances du marché (*market failures*) dans un système capitaliste de production nous permet d'identifier et de regrouper les causes qui conduisent au déséquilibre entre professionnels et consommateurs.

Elles sont, entre autres: le manque de transparence et la manipulation de l'information fournie aux consommateurs sur le marché (a) ; les atteintes à la structure concurrentielle du marché (b) ; l'absence de pouvoir réel de négociation du consommateur individuel lors des rapports de consommation (c) ; le manque d'organisation des consommateurs pour défendre leurs intérêts auprès des organismes de décision économique ou politique (d) ; les externalités découlant des rapports de consommation dont les effets sont ressentis par toute la collectivité (e).

A – Le manque d'information des consommateurs sur le marché

Même la doctrine libérale souligne l'importance de l'information dont ont besoin les consommateurs pour faire leurs choix en connaissance de cause, de façon réfléchie et éclairée. Elle est la condition de transparence d'un marché qui se rapproche du modèle de concurrence idéale où les consommateurs jouent pleinement leur rôle de facteur d'équilibre, en tant qu'agents économiques, en exerçant un « contre-pouvoir consommateur »²⁰.

En réalité, cependant, la transparence du marché dans les systèmes capitalistes n'existe guère. Par la manipulation de l'information les professionnels créent des nouveaux besoins chez les consommateurs, en se servant de techniques sophistiquées de persuasion, comme la publicité et le marketing, des pratiques commerciales agressives, l'incitation au crédit et à l'endettement, la différenciation artificielle des biens offerts à la consommation, ou l'obsolescence programmée des produits industriels.

Les nouvelles techniques de communication telles qu'Internet, les connexions à câble et même via satellite font, à leur tour l'objet, de controverses. En même temps qu'elles présentent d'innombrables avantages – comme l'accès à l'information en temps réel, la rapidité de l'actualisation des informations, leur disponibilité permanente, ou la possibilité

¹⁹ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 125-126.

²⁰ C'est la notion de « countervailing power » avouée initialement par J. K. Galbraith, qui fait référence à un contre-pouvoir effectif susceptible d'organiser et de représenter les intérêts collectifs des consommateurs en vue de les opposer à ceux des producteurs. *Apud* Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 40.

de flux transfrontaliers, elles présentent aussi des inconvénients, par exemple la constitution d'un support très utile pour servir les tromperies liées à la publicité, ou faciliter l'accès abusif aux données personnelles d'autrui.

Un autre aspect de l'information ignoré par les consommateurs se réfère aux coûts et tarifs liés aux transactions et répercutés sur le prix final des produits, par les professionnels. Ce manque de transparence contribue aussi à priver les consommateurs de leur faculté d'agir en tant que facteur d'équilibre des rapports sur le marché.

En effet, le renseignement, l'information et l'éducation même des consommateurs sont davantage importants dans les contextes socioéconomiques où les consommateurs disposent de faibles capacités intellectuelles. Le niveau de scolarité et d'instruction des consommateurs joue ainsi un rôle relevant dans la vérification du besoin de protection juridique envisagé²¹.

B – Les atteintes à la structure concurrentielle du marché

La compétition entre les professionnels profite aux consommateurs, par l'amélioration de la qualité des produits et la réduction des prix.

Cependant, la croissance démesurée de l'économie, l'agrandissement de la taille des entreprises et leur concentration pendant les dernières décennies ont permis l'émergence d'atteintes nouvelles et sophistiquées à la structure concurrentielle du marché.

En sus des détournements traditionnels de la compétitivité entre les entreprises comme les monopoles (privés ou publics) et les formations oligopolistiques, des pratiques déloyales ingénieuses telles que le *trust*, le *dumping* ou les concentrations verticales ont été développées.

Les rapports entre concurrence et consommation, par ailleurs, révèlent des mesures parfois contradictoires, et normalement au détriment des intérêts des consommateurs. « La rationalité économique commande parfois que certaines atteintes au libre jeu de la concurrence soient tolérées aux motifs, notamment, d'une meilleure efficacité à attendre de l'intégration des systèmes de distribution, de l'accroissement de la compétitivité des petites et moyennes entreprises par l'encouragement à la coopération ou à la synergie, de la nécessité de répondre aux défis technologiques nouveaux, de la tolérance de cartels de crise dans certains secteurs en difficulté, de la situation de monopole naturel des services publics, voire aussi d'arguments liés à de la protection de l'emploi et de la production nationale. »²²

L'établissement d'entraves à la circulation de biens et de services sur le marché international et les « réserves du marché » configurent encore une forme d'atteinte aux intérêts des consommateurs, sous prétexte de sauvegarder la performance économique de la concurrence.

Dans les contextes socioéconomiques des pays moins développés, les consommateurs sont encore confrontés à d'éléments externes au seul jeu économique du marché concurrentiel.

²¹ À l'époque de la promulgation du code brésilien de défense des consommateurs en 1991, le taux d'analphabétisme total s'élevait à 20,1% de la population. Dix ans après, ce taux se trouve à 13,6% pour la totalité de la population. Dans les régions Nord et Nordeste, les plus économiquement défavorisées, ce taux s'élevait à 37,5% en 1991, se trouvant à 24,6% en 2000 parmi les personnes âgées de 10 ans et plus. Dans les communes présentant les niveaux les plus hauts du pays ce taux s'élevait jusqu'à 81,23% de la population locale. Les données sont fournies par l'Institut Brésilien de Géographie et Statistique – IBGE, et peuvent être trouvées sur le site Internet <http://www.ibge.gov.br>. Les mêmes informations sont fournies aussi en anglais et en espagnol. Elles peuvent être également trouvées sur le site <http://www.alfabetizacao.org.br>.

²² Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 65.

Il s'agit, par exemple, des politiques de « double standard » pratiquées par les entreprises multinationales qui pratiquent, dans ces pays-ci, une politique commerciale de différenciation, par rapport aux pays de leurs sièges (tels que la réallocation de produits défectueux, ou de ceux ayant subi un rejet par les consommateurs des pays industrialisés)²³ ; des crises économiques récurrentes, dont le résultat est un sous-investissement du capital étranger ; du manque de demande aux exportations et des restrictions aux échanges ; de la corruption répandue chez des organismes chargés d'assurer la concurrence ; ou encore de l'existence dans le marché de larges secteurs d'économie informelle²⁴.

C – L'absence de pouvoir réel de négociation du consommateur individuel lors des rapports de consommation

La position de faiblesse et le déséquilibre dans lesquels se trouve le consommateur par rapport aux professionnels avec qui il se noue, constituent peut-être les raisons les plus importantes de protéger les consommateurs. Ils sont contraints de se conformer aux conditions imposées par les professionnels plutôt que de faire leurs choix librement²⁵, confrontés à des situations routinières de « à prendre ou à laisser », sans aucun pouvoir de discuter ni le prix ni les clauses qui régiront leurs contrats.

Les professionnels utilisent, de plus en plus, des contrats d'adhésion, ou des conditions générales des contrats, pour imposer aux consommateurs les conditions qui les favorisent le plus. Il en reste que la répartition des risques économiques liés à la transaction – tels les risques d'accidents résultant de l'usage du produit, les risques de retard dans l'exécution du service, ou les risques d'insatisfaction – est toujours déterminée de façon à mieux servir les intérêts des professionnels.

Les nouvelles relations entre banques et clients, les contrats d'assurance-maladie et de soins médicaux, d'utilisation de cartes de crédit, les assurances en général, les services de transmission d'informations et de loisirs à câble, par téléphone, par télévision, par ordinateurs,

²³ Le « standard international de qualité » des biens et des services estime l'occurrence de 200 défauts pour million d'unités industrialisées. Au Brésil on trouve de 30 à 50 milles défauts pour chaque million d'unités industrialisées, et cela dans les secteurs les plus spécialisés de l'industrie. Cf. J. Segueira, dans son article publié dans le quotidien brésilien *Folha de São Paulo* de 18.12.1989. *Apud* A. T. Júnior, *op. cit.* p. 26.

²⁴ Une enquête réalisée par la consultante McKinsey sous demande de l'Institut Brésilien de l'Étique Concurrentielle – Etco, et publiée dans l'hebdomadaire *Exame* le 2.6.2004 a révélé que l'économie informelle au Brésil, qui comprend l'évasion et l'évasion des impôts, la falsification, la piraterie et le contrebande des marchandises, atteint déjà le taux de 40% du produit interne brut – PIB. Selon les données fournies, 55% des ouvriers brésiliens occupent des postes de travail chez le commerce informel, 70% des ordinateurs sont produits par cette même industrie, 85% des petits entrepreneurs ne paient pas d'impôts, 25% des jouets sont fabriqués et vendus par le commerce informel et 59% des denrées alimentaires sont commercialisés dans le « marché noir ». En effet le marché informel est souvent considéré non pas comme pas un problème mais comme une solution dans un pays assommé par le chômage, car il représenterait une alternative de revenu pour la population pauvre. Il en reste que les consommateurs se trouvent non seulement dépourvus de tout recours contre les éventuels vices présentés par ce type de biens et de services, mais aussi exposés aux risques des produits dangereux. Cf. les données sur le site Internet <http://www.portalexame.abril.uol.com.br>, ou encore sur <http://www.metaong.info/node.php?id=591>

²⁵ « Quelles que soient leurs motivations, les consommateurs font un choix parmi les marchandises offertes. Ils ont un droit de veto, ils ne sont pas obligés d'acheter ce qui ne leur plaît pas ; mais ils n'ont aucune initiative. La structure de la demande dans une société dépend fortement de l'offre disponible. (...) Ainsi, l'offre crée la demande. [...] Les études de marché sont en partie orientées vers la recherche de ce que le public disposant d'un pouvoir d'achat est susceptible de désirer ou d'avoir besoin, mais sont surtout orientées vers la recherche des méthodes les plus efficaces pour créer la demande des marchandises que le producteur veut lancer sur le marché » J. Robinson, J. Eatwell, *L'économie moderne*, Paris Ediscience – Mc Grawhill, 1975, p. 253-254. *Apud* G. Delvax et alii, *op. cit.* p. 10.

ainsi que les contrats de services publics essentiels, de fourniture d'eau, d'énergie et de téléphone par des organismes publics ou privés, sont autant d'exemples où le consommateur est lié par des contrats d'adhésion.

Les contrats conclus au moyen d'un support électronique présentent à leur tour quelques inconvénients, tels que l'isolement du consommateur lors de leur conclusion, l'emploi très fréquent de cartes de crédit, l'exposition des données personnelles et le risque de fraudes commises par des *hackers*, l'incertitude quant à la réception par le fournisseur de l'acceptation du consommateur, des problèmes liés au moment de l'acceptation de l'offre et de la conclusion du contrat, l'indisponibilité ou la difficulté d'accès aux conditions générales qui régiront la relation etc.

En résumé, il est indiscutable, d'une part, que les activités modernes et les nouvelles modalités de contrats dans la société contemporaine constituent une évolution de la technologie et de la rationalité scientifique, dont l'effet est l'amélioration de la qualité de vie des individus. Cela constitue, par ailleurs, une réalité irréversible de la société contemporaine globalisée.

Il n'en reste pas moins, d'autre part, que ces nouvelles techniques soumettent les consommateurs à une position de vulnérabilité pouvant affecter sensiblement leurs intérêts. Plus ils se trouvent démunis du pouvoir d'achat, d'information, et de capacité intellectuelle pour défendre leurs intérêts, plus on trouvera des raisons pour leur accorder une protection juridique.

D – Le manque d'organisation des consommateurs pour défendre leurs intérêts auprès des organismes de décision économique ou politique

Dans une société de consommation de masse, la dimension collective des rapports de consommation prend une importance d'autant plus accrue que les problèmes susceptibles d'affecter les intérêts des consommateurs peuvent atteindre un très grand nombre d'individus. Les publicités trompeuses, la mise en circulation de biens et de services dangereux, ou la diffusion d'offres, même à l'échelle internationale par Internet, font preuve du besoin de considérer les problèmes liés à la consommation dans une perspective de traitement collectif.

Cette constatation rappelle l'importance de l'association des consommateurs en groupes ou en organisations, afin de défendre leurs intérêts, de façon à former un contre-pouvoir consommateur pouvant faire face, de façon efficace, au pouvoir des professionnels.

Des entraves existent, cependant, qui empêchent la formation d'un mouvement organisé des consommateurs. Le caractère diffus de la notion de consommateur et l'hétérogénéité sociale des individus exerçant la fonction de consommer, constituent des freins à l'association des intérêts en jeu.

Des employeurs, des producteurs, des distributeurs, des citoyens, des travailleurs sont tous des consommateurs. Ils ont certes tous des intérêts communs, lorsqu'ils exercent la fonction de consommer. Mais leurs intérêts plus spécifiques, normalement liés à leurs occupations, les amènent à se dégager des efforts communs, qui les conduiraient à défendre leurs intérêts en tant que consommateurs.

Le consommateur est naturellement démotivé à s'engager dans la défense de ses intérêts, lorsque les coûts de cette entreprise sont disproportionnés à la valeur des intérêts en jeu ; *a fortiori* il sera démotivé à s'engager dans des efforts qui profiteront à toute une

collectivité, lorsqu'il sait que les actions menées ailleurs lui profiteront également (il s'agit du problème du « free rider »²⁶).

Les professionnels disposent normalement de pouvoirs suffisants, leur permettant de constituer des groupes de pression qui agissent auprès des instances officielles de prise de décisions, afin de promouvoir leurs intérêts. Les problèmes liés à l'emprise, par les acteurs privés, des administrations chargées justement de contrôler leurs activités, voire auprès des organes judiciaires, sont constatés tant dans les pays moins développés que dans les industrialisés²⁷.

Dans les milieux politiques des pays moins développés particulièrement, une idée est communément diffusée, selon laquelle la protection des consommateurs n'est pas compatible avec les réalités locales ; elle est dépourvue d'importance, dit-on, pour la majorité de la population plus pauvre²⁸.

Les faits révèlent, en effet, qu'en raison de questions culturelles, de traditions juridiques locales et de pratiques déloyales fortement incrustées dans le quotidien des professionnels, les mesures légales établies en faveur des consommateurs risquent de ne jamais être appliquées.²⁹

Toutes ces constatations nous emmènent à conclure que la création de mécanismes qui permettent aux consommateurs de s'organiser en vue de la concrétisation de leurs droits est essentielle pour garantir l'efficacité d'un système normatif de protection. Dans les pays moins développés – peut-être encore plus que l'établissement de droits généraux et abstraits – ces mécanismes doivent tenir compte des particularités y existant.

E – La répercussion sur la collectivité des effets résultant des rapports individuels de consommation

La massification des relations de consommation entraîne des effets qui répercutent sur l'ensemble de la société, mais qui ne sont pas immédiatement ressentis lorsque l'on considère les seuls rapports individuels de consommation.

Dans la perspective des contrats individuels, les risques de la transaction, nous l'avons vu, sont toujours reportés sur le consommateur, au profit des professionnels. Les préjudices éventuellement subis – par exemple, lors d'accidents causés par des produits dangereux – sont censés être supportés par le seul consommateur.

La sécurité et l'intégrité physique des personnes est, effectivement, une valeur protégée par l'ordre juridique, le devoir général de précaution doit être observé par tous les individus, sous peine d'application des normes tenant à la responsabilité civile, voire des sanctions pénales. Dans la société de consommation, cependant, la création de nouvelles technologies et la mise en circulation massive de produits, rendent la perception de cette obligation plus floue, dans une échelle collective de production. Les mesures prises en matière de responsabilité

²⁶ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 43.

²⁷ Pour la discussion dans les pays industrialisés, v. les analyses indiquées par Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 76.

²⁸ A. H. Benjamin, *op. cit.* p. 66.

²⁹ *Idem.* p. 60. « Le manque de ressources (matérielles et humaines), des renforcements légaux inefficaces, des mécanismes administratifs et légaux inappropriés, la pression pour la mise en œuvre de politiques dans des domaines plus amples, ainsi que la corruption constituent les causes en raison desquelles la législation en Amérique Latine n'a pas toujours les mêmes conséquences pratiques que dans les pays développés. » *Idem.* p. 59. (libre traduction de l'original en anglais)

pour dommages causés par des produits dangereux, n'y sont envisagées que dans le cadre des seuls rapports individuels.

En réalité, ces « accidents de consommation » entraînent des coûts sociaux qui ne sont pas pris en compte lors du calcul du prix payable dans le cadre de la transaction individuellement considérée ; le paiement d'indemnités sociales pour maladie, soins de santé, invalidité, incapacité pour le travail, versement d'allocations de chômage etc. représentent des coûts supportés par toute la collectivité³⁰.

D'autre part, le développement de nouvelles technologies, l'installation d'industries et d'usines dans des régions écologiquement inappropriées, entraînent un besoin de réparation des dégâts créés par la pollution qu'elles produisent, le traitement des déchets toxiques, de l'atteinte à la couche d'ozone et de pluies acides etc. Ce ne sont pas moins d'effets négatifs secrétés par la massification de la consommation et l'augmentation démesurée de la production. On affirme même que ce sont les mesures prises pour compenser les nuisances, pour pallier les vices du système, enfin, les « frais sociaux de régulation dysfonctionnelle interne », ceux qui jouent, dans la dynamique économique, le rôle le plus important³¹.

Les consommateurs ne disposent pas, individuellement, de moyens nécessaires à prévenir et à empêcher ces effets collectifs des rapports de consommation. Ils en disposent encore moins dans les contextes socioéconomiques des pays moins développés, où d'autres problèmes sociaux, tels le besoin d'habitation, de santé, de nourriture, de transport, d'éducation, ou de réduction du chômage font souvent appel à un modèle de « développement à n'importe quel prix », avec de graves dégâts – souvent irréparables – causés à l'environnement et au bien-être général des individus.

³⁰ Ces effets externes sont qualifiés par la théorie économique d'« externalités » ou « spillovers ». Cf. Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 77. Au Brésil il existe très peu d'analyses qui rendent compte des statistiques sur les accidents de consommation. Une enquête menée par l'Association Médicale Brésilienne – AMB conjointement avec des associations de consommateurs, auprès de trois hôpitaux de la région métropolitaine de São Paulo a abouti aux chiffres suivants : 73% des accidents enregistrés sont causés par des produits (relatifs à l'usage ou au manque d'information fournie par le fabricant) dont 44% des victimes sont des enfants ; 83% de ces accidents se passent dans l'environnement familial. Par contre, 27% des occurrences correspondent à des prestations des services, dont 43% sont relatives aux services de transport. Les données sont fournies sur le site Internet de l'Association Médicale Brésilienne http://www.amb.org.br/apresenta_PAC.ppt. En France Luc Bihl affirmait en 1992 que 20 milles personnes mouraient et 300 milles se blessaient chaque année, à cause des accidents de consommation, selon les données indiqués par le *Journal Officiel* (v. *Consommateur, Réveille-toi !*, Denoël, 1992, p. 48). Dans ce même pays, selon une estimative de 1984 faite par l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, le coût annuel supporté par la collectivité pour les actes médicaux résultant d'accidents de consommation s'élevait à 4 milliards de francs français, indépendamment des coûts liés aux aides publiques aux victimes. Cf. Th. Bougoignie, *op. cit.* p. 77. En Suisse, le Bureau de prévention des accidents – BPA a révélé qu'en 2002 le nombre d'accidents « non professionnels », y compris les domaines de circulation routière, sport, habitat et loisirs s'élevaient à 973 mille, dont 1960 ont résulté en décès des victimes. Les coûts sociaux en frais médicaux, frais de réinsertion, de remplacement ou de changement de poste, perte de production, coûts immatériels, dégâts matériels, frais judiciaires et de police et frais administratifs des assurances s'élevaient à 11,456 milliards de francs suisses, pour la même période. Les données peuvent être trouvées sur le site Internet du BPA http://www.bpa.ch/recherche/statistique/statistique_2004/

³¹ J. Baudrillard, *La société de consommation*, 1970, Éditions Denoël, p. 45-46 : « L'encombrement automobile a pour conséquence un déficit technique, psychologique, humain, colossal : qu'importe, puisque le suréquipement infrastructurel nécessaire, les dépenses supplémentaires en essence, les dépenses de soins aux accidentés, etc., tout cela sera quand même comptabilisé comme consommation, c'est-à-dire deviendra, sous le couvert du produit national brut et des statistiques, exposant de croissance et de richesse ! L'industrie florissante des eaux minérales sanctionne-t-elle un surcroît réel d'abondance, puisqu'elle ne fait largement que pallier la déficience de l'eau urbaine ? Etc. : on n'en finirait pas de recenser toutes les activités productives et consommatrices qui ne sont que palliatifs aux nuisances internes du système de la croissance. » À titre d'exemple : les médias ont enregistré, le 9.5.2008 à 19h30, un embouteillage record de véhicules automobiles à São Paulo, ayant atteint 276km d'extension !

Enfin, de telles raisons entraînent le besoin d'établir une protection des consommateurs, qui leur permette de combattre ces problèmes dans leur échelle collective, apportant des remèdes effectifs pour garantir le bien-être de tous les citoyens.

D'autres raisons, à caractère social, sont avancées qui justifient également l'établissement d'une protection juridique des consommateurs. Elles méritent d'être traitées séparément.

Section II. Les raisons d'ordre social qui justifient la protection juridique des consommateurs

Des raisons à caractère social existent aussi, qui entraînent la nécessité de protéger les consommateurs, dont l'origine est la concrétisation du principe démocratique d'égalité dans un État de droit. Dès lors, cette approche sociale devra être comprise dans un sens plus large du terme, regroupant aussi bien les raisons strictement sociales (A) que les raisons politiques (B) et celles qui ont trait à l'accès des consommateurs à la justice (C).

A – Les raisons à caractère strictement social qui entraînent le besoin de protéger les consommateurs

La consommation déploie des effets importants sur la structure sociale de chaque société. Consommer, dans les sociétés modernes d'abondance, signifie consommer toujours plus. Dans la société de consommation moderne, on assiste au phénomène de la multiplication des objets, des biens et des activités.

L'augmentation de la production et la conséquente hausse de la consommation – le schéma suit souvent cette orientation – devrait, en théorie, entraîner l'accroissement des postes de travail, ainsi que des revenus et, finalement, celui du bien-être général.

Toutefois, les mécanismes de la fonction de consommer ont de graves impacts sur la structure des classes sociales. « Le bien-être économique ne s'identifie guère au bien-être social, dont il est pourtant une composante sans aucun doute essentielle ; la poursuite de valeurs intangibles et collectives axées sur l'amélioration de la vie importe tout autant. »³²

Dans un État de droit, l'idéal démocratique doit animer les organismes étatiques à entamer des politiques, susceptibles d'atteindre un niveau légitime d'égalité sociale entre les citoyens et une juste distribution des richesses, qui leur permette d'accéder aux biens indispensables à la concrétisation du principe de la dignité humaine.

Le passage de nouveaux besoins au rang des droits fondamentaux (droit à l'habitation, droit à la santé, droit à la sécurité, droit à la culture, droit aux loisirs etc.) contraint l'État à réserver des recettes croissantes pour prendre des mesures d'infrastructure et d'investissement, dans le but de garantir l'exercice de ces droits et une équitable redistribution des richesses.

La défaillance de cette logique consiste toutefois dans le fait que le financement des consommations collectives croissantes se fait par le développement de la fiscalité et de la parafiscalité : c'est que, en définitive, ce sont les consommateurs qui payent les impôts indirects toujours répercutés dans les prix finaux des biens³³.

³² Th. Bourgoigne, *op. cit.* p. 80.

³³ En outre, certaines impositions ne prennent pas en compte le principe de proportionnalité : au Brésil, par exemple, à propos de l'ancienne « Contribution Provisoire sur les Virements et Transmissions de Valeurs, de Crédits et de Droits de Nature Financière » – la CPME, un consommateur qui ne percevait que le salaire minimum, payait le même montant en impôts lorsqu'il signait un chèque de R\$100 pour les achats du mois, que quelqu'un qui faisait un retrait de R\$100 en espèces sur son compte bancaire pour acheter une bouteille de champagne.

Il en résulte que l'augmentation des dépenses étatiques destinées à financer les consommations collectives croissantes se répercute plus fortement sur les classes les plus défavorisées de consommateurs. Le système finit par ne présenter guère de mécanisme d'ensemble de redistribution équitable des richesses, ni de réduction des inégalités: ce qui est mis à disposition de tous ne l'est qu'à un prix plus lourd pour ceux qui gagnent de moins.

Une étude sur les besoins de protéger juridiquement les consommateurs doit alors tenir compte des problèmes qui empêchent, d'une part, une jouissance équitable des biens et des ressources dans la société – non seulement en termes de richesses, mais également en termes d'information, de connaissance, de représentation et de promotion des droits respectifs des différents acteurs en interaction ; et, d'autre part, de ceux qui empêchent la réalisation de la démocratie, en aggravant les inégalités entre les classes sociales.

En effet, l'antagonisme entre professionnels et consommateurs qui caractérise les rapports de consommation ; la dépendance de ceux-ci vis-à-vis des professionnels, créée par l'utilisation de techniques de persuasion, modifiant leur comportement sur le marché ; enfin, l'effet de différenciation sociale entre les classes d'individus que cause cette manipulation, représentent autant de sources d'inégalité sociale dans une société de consommation³⁴.

L'existence de différentes catégories de consommateurs en fonction de leur pouvoir d'achat, « entraîne une destruction des modes divers de consommation traditionnelle et aboutit à la création d'un mode de consommation propre au capitalisme. Il y a formation d'une '*norme sociale de consommation ouvrière*'... »³⁵

Par exemple, pour qu'ils puissent accéder à des « biens d'équipement durable dont l'acquisition dépasse largement le pouvoir d'achat du salaire courant [tels que du logement et des automobiles] la formation de la norme sociale de consommation ouvrière suppose donc la mise en place d'une vaste socialisation du financement et corrélativement d'un contrôle très strict sur les ressources et les dépenses des travailleurs. Il importe en effet que le procès de consommation individuelle soit ordonné et stabilisé tout en étant compatible avec la relation individuelle et libre en apparence qu'est le rapport marchand. »³⁶

En outre, des pratiques de discrimination culturelle, raciale, ou sociale sont souvent à la base d'agissements subtiles d'organismes privés et publics, qui se traduiraient par la restriction d'opportunités offertes aux consommateurs plus pauvres, par leur exposition à des produits plus dangereux, ou par la difficulté d'accès à des services de haute qualité³⁷.

Ces éléments auront un impact d'autant plus négatif que le contexte socioéconomique envisagé est caractérisé par de profondes inégalités sociales, avec une concentration accrue des revenus, où la majorité de la population reste en marge du processus d'intégration sociale et une minorité jouit, presque en exclusivité, les bénéfices apportés par le progrès économique³⁸.

³⁴ « La consommation n'est pas autonomisée ; elle est le produit de mécanismes ségrégeant, disposant, selon la logique du capital et de sa reproduction, les individus dans des filières qui expriment bien une structure de consommation de classe, jouant un rôle actif dans la division sociale, qu'elle ne se contente pas de connoter ou d'exprimer. » M. Wieviorka, *L'État, le patronat et les consommateurs*, Paris, PUF, 1977, p. 24. *Apud* Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 39.

³⁵ M. Aglietta, *Régulation et crises du capitalisme*, Paris, Calmann-Lévy, 1976, p. 136. *Apud* G. Delvax et alii, *op. cit.* p. 12.

³⁶ *Idem ibidem*.

³⁷ I. Ramsay et T. Williams, *Inequality, Market Discrimination, and Credit Markets*, in *Consumer Law in the Global Economy*, 1997, p. 234.

³⁸ On classe souvent la population brésilienne, selon les niveaux des revenus, en cinq catégories (de A à E). L'indice *Gini*, utilisé

En ce sens, une politique d'aide aux consommateurs qui tient compte de tous ces éléments tend à se confondre avec une véritable réforme sociale, contribuant à la concrétisation du principe démocratique d'égalité entre les citoyens³⁹.

Remédier ainsi à ces problèmes correspond à l'institution de normes qui restituent l'équilibre dans les rapports entre professionnels et consommateurs, dans le but spécifique de promouvoir une distribution équitable des richesses, en même temps que l'atténuation des ségrégations sociales.

B – Les raisons d'ordre politique qui justifient la protection juridique des consommateurs

Il s'agit des difficultés rencontrées, eu égard aux modes de participation au pouvoir et au niveau d'implication des consommateurs, dans les rouages de la politique et des instances officielles de prise de décision.

Pour qu'un mouvement de soutien aux intérêts des consommateurs soit intégré efficacement aux processus de décision politique, il faut créer des moyens pour qu'ils soient entendus, considérant que l'hétérogénéité des membres du « consommariat » entrave souvent une articulation naturelle et la cohésion du groupe consommateur.⁴⁰

Dans les pays de longue tradition démocratique, l'ouverture de ces canaux d'expression auprès des pouvoirs publics a pu être faite par l'organisation progressive d'un mouvement de lutte des consommateurs.⁴¹ Par contre, dans les sociétés assommées par des régimes politiques de type dictatorial, les mouvements organisés de défense des consommateurs n'ont pas pu trouver de moyens d'expression et la politique de promotion de leurs intérêts a été souvent négligée. Cette absence forcée d'association et l'impossibilité qui en résulte, de développer de nouvelles formes d'organisation, de lutte et de protection de leurs intérêts, constituent autant de raisons de promouvoir une politique d'aide aux consommateurs, une fois restauré ou installé un système de participation démocratique des citoyens au pouvoir politique.

Le défi serait alors de veiller au maintien des canaux d'expression des consommateurs, ainsi que de consolider l'idée suivant laquelle leur protection doit constituer une politique permanente d'état, parmi d'autres dossiers publics, soit par la création d'organismes chargés des affaires de la consommation auprès du pouvoir exécutif, soit par l'affectation d'une

pour la classification du niveau de la concentration des richesses, avéré au Brésil était à 0,566, en 2001 (plus proche de 1, plus inégale est la répartition des richesses). En 1998 seulement la Sierra Leone et le Swaziland avaient des taux plus élevés que le Brésil au monde entier. Selon des données correspondant à l'année 2001, fournies par l'Institut Brésilien de Géographie et Statistique – IBGE, le revenu moyen du 1% plus riche de la population s'élevait à R\$ 6.636 (approx. 2.000 euros) par mois, tandis que celui des 40% plus pauvres était à R\$163 (approx. 50 euros) mensuels, ce qui fait que le 1% plus riche gagnait 40 fois de plus que les 40% plus pauvres. Une analyse comparative très intéressante de la réalité socioéconomique brésilienne a été décrite par C. Buarque, *O que é apartheid: o apartheid social no Brasil*, Brasiliense, 1994, où l'auteur affirme que le contexte d'inégalités sociales entre la partie riche et la partie pauvre du Brésil est structurellement identique à la conjoncture mondiale actuelle d'inégalité entre les pays développés et les non développés.

³⁹ « Il est vrai que le consumérisme en tant que mouvement organisé possède des liens étroits avec les classes moyennes dans les pays développés. Le défi majeur dans les pays non développés sera alors de promouvoir une protection des consommateurs, malgré la représentation mineure de leurs classes moyennes et le fait que la pauvreté constitue la règle, plutôt que l'exception. [...] Il est plus précisément dans ces pays que l'établissement d'une politique d'aide aux consommateurs est plus urgentement réclamé. » A. H. Benjamin, *op. cit.* p. 55-56. (libre traduction de l'originel en anglais)

⁴⁰ *Supra*, p. 28.

⁴¹ Les mouvements organisés des consommateurs en Europe auraient commencé au début du siècle XX, par la formation de coopératives de travailleurs, évoluant jusqu'à la formation des associations structurées en défense des intérêts spécifiques des consommateurs. Cf. C. Gide et D. Bancel, *La lutte contre la cherté*, Presses Universitaires de France, Paris, 1926.

partie suffisante du budget fiscal destinée à l'établissement des administrations et à l'aide portée aux associations chargées de la défense des consommateurs.

C – Considérations relatives à l'accès des consommateurs à la justice

L'accès effectif des individus aux modes de règlement des litiges constitue une condition de réalisation du principe égalitaire dans chaque société. Il concerne tous les citoyens et non seulement les consommateurs.

Côté consommation, toutefois, ce besoin trouve une exigence plus accrue ; non seulement les litiges y relatifs représentent une grande partie des dossiers de justice, mais ils impliquent pour les consommateurs, presque toujours, des efforts dont les coûts sont disproportionnés par rapport aux enjeux du litige. Le modèle traditionnel d'accès au droit et de règlement des litiges, individualiste et procédural, est dénoncé comme n'offrant aux consommateurs qu'une protection illusoire et factice de leurs droits⁴².

Lorsqu'ils ont besoin d'assistance juridique, les consommateurs peuvent se heurter à des barrières économiques, politiques, psychologiques, ou culturelles, telles que: le manque d'éducation et d'information sur les questions juridiques, sur leurs droits et leurs obligations ; l'incompréhension et la perception du « monde juridique » comme un système hermétique, dont les acteurs, juges, avocats et officiers de justice, présentent un langage ludique et de difficile compréhension ; la lenteur de la justice dans la résolution des litiges ; l'absence de confiance accordée aux organismes investis du pouvoir judiciaire, dans leur tâche de rendre des décisions justes ; l'insuffisance et les défauts d'organisation des organismes offrant à la population des services d'assistance juridique; enfin, l'absence de modes efficaces de représentation juridictionnelle d'intérêts collectifs nouveaux, apparus dans l'ordre socio-économique contemporain.

Les frais de justice, impliquant presque toujours des dépenses disproportionnées par rapport aux enjeux en question ne représentent pas moins de raisons de démotivation des consommateurs, tandis que les professionnels disposent le plus souvent de moyens et d'expérience pour agir en justice.

Dans les pays moins développés en particulier, l'absence de normes de protection des consommateurs peut conduire à des situations de profond déséquilibre entre les parties en présence. Et même lorsque de telles normes existent, on perçoit une certaine résistance des organes du pouvoir judiciaire, hésitant à appliquer les nouvelles techniques juridiques de protection⁴³.

Enfin, l'absence d'un modèle social ou collectif d'accès à la justice, qui procure aux citoyens des moyens efficaces et réellement accessibles de faire valoir leurs droits, représente, au même titre que les raisons d'ordre économique, social et politique présentées ci-dessus, une nécessité de promotion d'aide juridique aux consommateurs.

⁴² Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 90.

⁴³ « Dans les pays présentant une stratification sociale accrue, le système judiciaire finit par être 'avalé', sans s'en rendre compte, par les plus puissants économiquement et politiquement. Cela ne signifie pas seulement que le système normatif, confronté à une majorité très mal représentée, devient l'apanage instrumental d'une minorité ; mais aussi, que des juges parviennent à interpréter le droit de façon à refléter les avis de ceux qui ont accès à la justice. Dans les modes traditionnels de règlement des litiges mis en œuvre dans les pays moins développés, les consommateurs n'arrivent à accéder à la justice que dans des cas exceptionnels. Et encore, c'est souvent dans la position désavantageuse de défendeurs. » V. A. H. Benjamin, *op. cit.*, p. 70. (libre traduction de l'originel en anglais)

On a pu, jusqu'ici, parler de rétablir l'équilibre entre consommateurs et professionnels. Certes, dans chaque système juridique il existe des normes de droit commun, destinées à la protection des intérêts individuels des parties. Or, si un déséquilibre est avéré malgré l'existence de ces normes, on y perçoit un indice du fait qu'elles sont insuffisantes à porter aux consommateurs une protection efficace de leurs intérêts. Cette défaillance fait alors appel au développement du droit de la consommation, avec ses particularismes et ses instruments spécifiques.

Chapitre II – La nécessité d'une protection spécifique des consommateurs

«Un peuple ne devient célèbre que quand sa législation commence à décliner.»

J. J. Rousseau, *Du Contrat Social*, 1762.

Faute d'avoir pu accompagner l'évolution de la société moderne, avec ses nouvelles techniques d'échanges marchands, le droit commun s'est révélé historiquement inadapté à pallier le déséquilibre avéré entre professionnels et consommateurs. (section I). D'où l'appel croissant, ressenti dans les sociétés capitalistes modernes, à l'institution de normes susceptibles de rétablir l'équilibre poursuivi. Comme résultat des luttes et des victoires des mouvements consommateurs, une nouvelle filière du droit privé s'est ainsi formée (section II).

Section I. Inadaptation du droit commun

A – Un bref parcours historique

Luc Bihl observe que depuis les Romains des normes existaient déjà qui protégeaient les acheteurs contre les tromperies des vendeurs. Au Moyen Âge, la doctrine de l'Église catholique réprimait les commerçants malhonnêtes et les règlements des corporations empêchaient la libre mise en circulation des produits. Des normes de police économique parfois sévères étaient fixées pour protéger les consommateurs⁴⁴.

Avec l'avènement de la Renaissance, le bouleversement de la pensée médiévale, les transformations dans les arts et dans les lettres, de profonds changements se sont avérés au sein de la société européenne occidentale ; l'homme a été mis en valeur en tant qu'individu, doté d'intelligence et de rationalité⁴⁵. La classe marchande, condamnée par l'Église quelques

⁴⁴ «À tout homme qui aura vendu du lait mouillé, sera mis un entonnoir dedans la gorge et ledit lait mouillé sera entonné jusqu'à temps qu'un médecin ou un barbier dise qu'il n'en peut sans danger avaler davantage... Tout homme qui aura vendu du beurre contenant navets, pierres ou autre chose, sera bien curieusement attaché à notre pilori, puis ledit beurre sera rudement posé sur sa tête et laissé tant que le soleil ne l'aura pas entièrement fondu. Pourront les chiens venir le lécher et le menu peuple l'outrager par telles épithètes diffamatoires qu'il lui plaira, sans offenser Dieu ni le roi.» Édit de Louis XI sur les fraudes, *apud* L. Bihl, *op. cit.* p. 48.

⁴⁵ Des philosophes et des grammairiens tels que Diderot, Dumarsais, Voltaire, D'Alembert et plusieurs autres se sont efforcés de démontrer la « raison » comme atout essentiel de l'homme : « Dans toutes les choses dont nous avons une idée nette et distincte, la raison est le vrai juge compétent... et partout où nous avons une décision claire et évidente de la raison, nous ne pouvons être obligés d'y renoncer pour embrasser l'opinion contraire, sous prétexte que c'est en matière de foi. La raison de cela, c'est que nous sommes hommes avant que d'être chrétiens. » Diderot, article « Raison », *Encyclopédie des arts, des sciences et des métiers*, 1750-1766. « La raison est à l'égard du philosophe ce que la grâce est à l'égard du chrétien. La grâce détermine le chrétien à agir ; la raison détermine le philosophe... L'homme n'est point un monstre qui ne doit vivre que dans les abîmes de la mer ou dans le fond d'une forêt : les seules nécessités de la vie lui rendent le commerce des autres nécessaire ; et dans quelque état où il puisse se trouver, ses besoins et le bien-être l'engagent à vivre en société. Ainsi la raison exige de lui qu'il connaisse, qu'il étudie, et qu'il travaille à acquérir les qualités sociables... *Homo sum, humani a me nihil alienum puto* ». Dumarsais, article « Philosophie », *Encyclopédie*. L'adage latin signifie « Je suis homme et rien de ce qui est humain ne m'est étranger ».

siècles plus tôt, est désormais en ascension, ce que la Réforme et les idées de Calvin ont facilité. Elle se voit progressivement libre pour développer ses activités sur le marché⁴⁶.

Mais, malgré le progrès économique engendré par le système mercantiliste de production, ainsi que son influence sur la nouvelle forme d'organisation du pouvoir politique au XVII^e siècle, en France, la faim assommait 75% de la population, affirme l'auteur mentionné.

Dans ce contexte, la faim et un sentiment généralisé de mécontentement de la population pauvre devant les tromperies des commerçants, ont été à l'origine de constantes émeutes jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. Ces perturbations de l'ordre public ont été davantage motivées par la diffusion des idées des philosophes des Lumières. La liberté⁴⁷ et l'égalité entre les hommes sont exaltées comme les principes fondamentaux de la nature humaine, devant servir l'idéal de luttes contre les injustices, les privilèges⁴⁸ et, surtout, contre l'inégalité devant la faim. C'est cet environnement d'euphorie populaire qui aurait débouché sur la Révolution de 1789⁴⁹.

La bourgeoisie, détenant déjà le pouvoir économique, a bien su profiter de l'euphorie populaire pour s'emparer du pouvoir politique. Les entraves aux échanges marchands, en partie abolis depuis quelques années avec Turgot⁵⁰, sont définitivement enlevées et la liberté du commerce a pu enfin régner.

Les transformations opérées au sein de la société devraient aussi être accompagnées d'une réforme juridique, qui consolide les nouvelles idées libérales. On assiste ainsi en 1804 à l'édiction du *Code Napoléon*, portant dans son essence la consécration des idéaux révolutionnaires, tels la liberté de contracter, l'autonomie de la volonté et l'égalité entre les parties au contrat.

B – Le Code Napoléon et les principes de liberté et d'autonomie de la volonté

Le Code civil français a réuni les idées libérales de l'avant Révolution. Sacrée et inviolable, la propriété était conçue comme un droit absolu. La fonction de l'État consistait à en garantir

⁴⁶ «Le commerce est en quelque façon, le but principal de divers arts, dont la plupart ne travaillent que par son moyen. D'où il s'ensuit qu'il y a quelque chose de plus exquis, en matière d'honnêteté et de profit que les arts mêmes. » Montchrestien, *Économie publique*, 1616, *apud* L. Bihl, *op. cit.* p. 61.

⁴⁷ Diderot affirme dans sa *Lettre à la princesse Dashkoff*, 1771 : « chaque siècle a son esprit qui le caractérise. L'esprit du nôtre semble être celui de la liberté. La première attaque contre la superstition a été violente, sans mesure. Une fois que les hommes ont osé d'une manière quelconque donner l'assaut à la barrière de la religion, cette barrière, la plus formidable qui existe comme la plus respectée, il est impossible de s'arrêter. Dès qu'ils ont tourné les regards menaçants contre la majesté du ciel, ils ne manqueront pas, le moment d'après, de les diriger contre la souveraineté de la terre. Le câble qui tient et comprime l'humanité est formé de deux cordes : l'une ne peut céder sans que l'autre vienne à rompre. » M. et J. Charpentier, *Littérature : textes et documents*, Paris, Nathan, 1987.

⁴⁸ «Puissent tous les hommes se souvenir qu'ils sont frères ! Qu'ils aient en horreur la tyrannie exercée sur les âmes, comme ils ont en exécution le brigandage qui ravit par la force le fruit du travail et de l'industrie paisible ! » Voltaire, *Prière à Dieu*, *Traité sur la Tolérance*, XXIII, 1763.

⁴⁹ C'est l'opinion pionnière de George Rudé, sur les foules révolutionnaires : « Pour la masse des consommateurs la cherté et l'abondance, le double mot d'ordre des physiocrates, ne sont guères acceptables. Le blé, le pain doivent être offerts à un prix raisonnable qui est aussi le juste prix. ... Nul besoin d'invoquer une pathologie sociale (paranoïa collective). La rumeur ne se réduit pas à des éruptions secondaires. La hantise du complot a mobilisé les masses et a contribué à les sensibiliser au politique. ... Ce facteur plus que tout autre est la source du dynamisme de la révolution populaire » *Apud* L. Bihl, *op. cit.* p. 99 et 110.

⁵⁰ Quesnay et Turgot (celui-ci Ministre des Finances sous Louis XVI) affirmaient : « C'est d'ailleurs un grand inconvénient que d'accoutumer le peuple à acheter le blé à trop bas prix ; il devient moins laborieux, il se nourrit de pain à moindre frais et devient paresseux et arrogant » ; et le second : « Que l'acheteur se défende lui-même, et n'aille pas à tous propos attendre l'intervention du gouvernement et compter sur elle. » *Apud* L. Bihl, *op. cit.* p. 88.

le plein exercice. Le droit des obligations, basé essentiellement sur le droit des contrats, érigeait le consensualisme et l'autonomie de la volonté⁵¹ au rang de paradigmes juridiques de l'ère moderne, prédominants tout le long du XVIII^e siècle.

Dans la conception juridique moderne, l'homme est libre pour exprimer sa volonté ; il ne s'oblige que par sa propre volonté librement exprimée. La loi, elle-même, représente l'expression de la volonté des citoyens réunis en société⁵². Le consensualisme devient le principal instrument des échanges marchands et de la circulation des richesses dans la société. Le contrat porte ainsi, en soi, l'idée de justice, d'égalité entre les parties : « qui dit contractuel, dit juste », affirmait Fouillé.

L'idée de lésion, rejetée par le droit révolutionnaire, n'était admise dans le code que dans des cas très particuliers. La théorie des vices du consentement ne visait qu'à protéger la libre expression de la volonté individuelle. Les solutions proposées par la théorie des nullités concernent, le plus souvent, la résolution du contrat et le retours des parties à l'état initial⁵³. La loi n'existe, enfin, que pour conférer force aux contrats, et l'État pour garantir leur juste exécution.

Nonobstant, en France, le pays dont les idéaux de la Révolution bourgeoise ont influencé presque toutes les sociétés occidentales, malgré la proclamation du principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi, on a pu dénoncer les inégalités encore existant et le manque de protection des consommateurs pauvres, soit la majorité de la population : « en dépit du serment par lequel Napoléon jura le jour de son sacre de 'respecter et faire respecter l'égalité des droits', le droit napoléonien a développé le traitement inégalitaire ou différencié des individus »⁵⁴.

⁵¹ Des historiens du droit affirment que l'expression « autonomie de la volonté » n'existait pas dans le Code civil, et que la conception essentiellement volontariste qu'elle comporte n'était pas non plus connue des auteurs français. Il aurait été plutôt les juristes allemands (Eichhorn, 1823 et Savigny, 1849) avec la *Willenstheorie* les premiers à développer la notion, à l'égard de la problématique propre au droit international privé, de savoir si les parties pouvaient choisir la loi qui devrait régir leurs contrats. L'expression « autonomie de la volonté » (dont l'auteur serait A. Weiss, dans son *Traité élémentaire de droit international privé*, paru en 1886) aurait finalement été introduite en droit français par Foelix en 1843, mais on s'efforce quand même de dire qu'elle trouve ses origines, en France, à partir des études de Dumoulin sur la faculté laissée aux époux de choisir librement leur régime matrimonial (et partant de là, la notion aurait été vulgarisée dans les affaires du droit international privé, puis dans le droit des obligations en général). Cf. J. P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris: Dalloz, 2002, p. 793. J. L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris: Presses universitaires de France, 1996, p. 145, rappelle que l'expression était déjà utilisée par Kant, dans ses *Fondements de la métaphysique des mœurs* (1785) et dans la *Critique de la raison pratique* (1788), dont les idées ont formé la base d'études postérieures de Savigny. Cet auteur prétend qu'en France, par contre, la notion d'autonomie de la volonté n'a été développée qu'à la fin du XIX^e siècle, car jusque-là les juristes « non seulement ignorent totalement l'expression et la pensée kantienne, mais ils restent majoritairement convaincus que la loi civile est la principale source des obligations. »

⁵² « Il n'y a qu'une seule loi qui par sa nature exige un consentement unanime. C'est le pacte social: car l'association civile est l'acte du monde le plus volontaire ; tout homme étant né libre et maître de lui-même, nul ne peut, sous quelque prétexte que ce puisse être, l'assujettir sans son aveu... » Rousseau, *Du Contrat social*, 1762, IV, 2. « La volonté générale peut seule diriger les forces de l'État selon la fin de son institution, qui est le bien commun. » *Idem*, II, 1.

⁵³ Ce qui ne va pas généralement de pair avec les intérêts économiques des consommateurs.

⁵⁴ J. L. Halpérin, *op. cit.* p. 38. Selon Luc Bihl (*op. cit.*, p. 137), Chaumette, s'adressant à la Commune de Paris, disait: « Le pauvre a fait, comme le riche, et plus que le riche, la Révolution. Tout est changé autour du pauvre, lui seul est resté dans la même situation et il n'a gagné de la Révolution, que le droit de se plaindre de sa misère... La Révolution en donnant au riche la liberté, lui a donné immensément. Elle a aussi donné au pauvre la liberté, l'égalité. Mais pour vivre libre, il faut vivre, et s'il n'existe plus de proportion raisonnable entre le prix du travail du pauvre et le prix des denrées nécessaires à son existence, le pauvre ne peut vivre. » Même Robespierre, à propos des revendications des consommateurs plus pauvres, aurait affirmé: « Quand le peuple se lève, ne doit-il pas avoir un but digne de lui ?... De chétives marchandises doivent-elles l'occuper ?... Le Peuple doit se lever non pour recueillir le sucre, mais pour terrasser les brigands » *Idem*, p. 130.

Le XIX^e siècle a, en effet, assisté à de profondes transformations dans la vie quotidienne des citoyens en Europe. Le commerce international et l'apparition de produits importés d'Amérique ont procuré de nouveaux besoins aux consommateurs. La Révolution industrielle et la découverte de nouvelles technologies, l'installation des chemins de fer, les nouveaux moyens de transport, la production croissante, ce sont tous des facteurs ayant modifié le comportement des consommateurs.

Si la faim constituait alors un problème moindre, par rapport au siècle précédent, les tromperies pratiquées par les commerçants n'ont pas pour autant diminué. La publicité est entrée dans les médias, elle est devenue une nouvelle forme d'incitation à l'achat, un nouveau métier plutôt qu'un moyen d'information.

Le progrès de la chimie a permis la multiplication des denrées sur le marché ; les magasins à grande surface se sont multipliés, la production de cosmétiques et la mode ont fait de nouvelles cibles⁵⁵. La consommation de produits dérivés du tabac⁵⁶ et de l'alcool⁵⁷ a été de plus en plus stimulé par la publicité, et la production d'automobiles a créé le problème de constants accidents de la circulation.

Cependant, les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle demeuraient robustes dans la pensée juridique traditionnelle. Le contrat devenait, plus que jamais, un instrument de rationalité de la production, étant donné la massification des rapports individuels d'échanges marchands. L'État continuait à jouer un rôle passif, n'intervenant que pour garantir l'exécution des volontés contractuellement manifestées⁵⁸.

Les contradictions entre la pensée juridique traditionnelle et les transformations socioéconomiques ainsi avérées étaient évidentes. L'inégalité réelle entre les citoyens s'aggravait, ainsi que le déséquilibre dans les rapports entre consommateurs et professionnels.

⁵⁵ L. S. Mercier dénonçait les pièges des *marchandises de modes* à Paris depuis le XVIII^e siècle. « Rien n'égale la gravité d'une marchandise de modes combinant des poudres, et donnant à des gazes et des fleurs une valeur centuple. Les femmes ont un respect profond et senti pour les génies heureux qui varient les avantages de leur beauté et de leur figure. La dépense des modes excède aujourd'hui celle de la table et celle des équipages. L'infortuné mari ne peut jamais calculer à quel prix monteront ces fantaisies changeantes ; et il a besoin de ressources promptes pour parer à ces caprices inattendus... Les modes sont une branche de commerce très étendue. Il n'est que le génie fécond des Français, pour rajeunir d'une manière neuve les choses les plus communes. » *Tableau de Paris, 1781-1788*, chapitre CLXXIII.

⁵⁶ « Quoi que puisse dire Aristote et toute la philosophie, il n'est rien d'égal au tabac. C'est la passion des honnêtes gens et qui vit sans tabac n'est pas digne de vivre ; non seulement il réjouit et purge les cerveaux humains, mais encore il instruit les âmes à la vertu, et l'on apprend avec lui à devenir honnête homme. Ne voyez-vous pas bien, dès qu'on en prend, de quelle manière obligeante on en use avec tout le monde, et comme on est ravi d'en donner à droite et à gauche, partout où l'on se trouve ? On n'attend pas même qu'on en demande, et l'on court au devant du souhait des gens : tant il est vrai que le tabac inspire des sentiments d'honneur et de vertu à tous ceux qui en prennent », disait, avec son sens ironique, Jean-Baptiste Poquelin, le Molière (*Don Juan*, 1665).

⁵⁷ « Paris, dont la population s'élève au moins à sept cent mille âmes, consomme annuellement quatre cent cinquante mille muids de vin, non compris l'eau-de-vie, la bière et le cidre. Ainsi donc, que les vignes de la Bourgogne, de la Champagne, du Languedoc et du Roussillon soient ou non battues de la grêle, il n'importe : il faut que la mesure soit la même, et suivant le principe des laitières, on sait le secret d'en faire toujours assez pour tout le monde. Le plus indigne de tous les apprentissages est celui qui se fait chez le fabricant de vins : sa cave est une école pratique de friponneries et d'astuces de toutes les couleurs, c'est un laboratoire pour le moins redoutable que celui du charlatan. C'est là qu'un apprenti libertin se forme dans l'art de préparer et de distiller les poisons ; de composer avec des bois de Fernambouc, de Campêche, d'Inde ; avec les betteraves, les carottes, les navets et la litharge, une teinture que son maître lui fait mettre en bouteilles et cacheter sous les noms pompeux de Tonnerre, de Bourgogne, de Champagne, d'Alicante, de Madère et de Chypre. » L. S. Mercier, *Vins Frelatés*. In *Le Nouveau Paris*, 1791, chapitre CXXIX.

⁵⁸ « Toute loi, en soi, est un mal. » Beudant, *apud* Lévy et Castaldo, *op. cit.* p. 795.

Un mouvement de réaction s'est alors fait entendre, sur les champs politique et juridique, contre les excès du principe de l'autonomie de la volonté. Un nouveau courant s'est formé qui prônait la reconnaissance d'une fonction sociale de la propriété et de la socialisation des contrats. L'État est appelé à intervenir dans des domaines où la volonté d'une des parties était source de constants abus. On a assisté à une progressive décadence du principe de la liberté purement formelle.

C – Déclin de l'individualisme et du principe de l'autonomie de la volonté

Les facteurs ayant causé le déclin du principe de l'autonomie de la volonté ont été à la base d'un mouvement qui a marqué le passage progressif de l'État libéral à l'État social. Des théories à caractère social sont formulées, qui prônent l'équilibre entre les parties au contrat.

Saïlles observe la massification des contrats et développe la formulation juridique du phénomène, la théorie des contrats d'adhésion. Ses observations ont contribué à mettre en évidence l'imposition par le co-contractant plus puissant de ses propres et uniques conditions⁵⁹.

Josserand développe la théorie de l'abus du droit, partant du principe que chaque droit subjectif a une finalité juridique propre, et que tout exercice irrégulier d'un droit – échappant à sa finalité, ou avec une destination anti-sociale, ou finalement contraire aux principes juridiques qui le déterminent – demeure abusif⁶⁰.

Les idées de Ihering et d'autres juristes allemands, telles que l'*Erklärungstheorie* – selon laquelle pour interpréter un contrat il faudrait prendre en compte la volonté déclarée, plutôt que de se livrer à la recherche d'une volonté implicite, factice, attribuée aux parties – ont influencé plusieurs juristes de l'époque, dans le sens de la réalisation de la justice contractuelle. E. Gounot, L. Josserand, M. Waline, M. Rouhette, L. Duguit, G. Morin et H. Battifol sont indiqués comme des auteurs s'étant attaqués à la théorie de l'autonomie de la volonté.⁶¹

Les nouvelles technologies apparues dans les domaines du travail, des transports collectifs et d'automobiles, étaient à l'origine de constants accidents et de dommages personnels. Des théories ont été développées qui visaient à l'extension de la responsabilité des propriétaires, soit du fait de leurs employés, soit du fait des choses. Ces appels ont fini par faire écho auprès de la jurisprudence.

D – Le rôle de la jurisprudence

Quoique avec un mouvement pendulaire, d'adoption tantôt des doctrines traditionnelles, tantôt de celles sur la fonction sociale des contrats, la jurisprudence essayait de promouvoir une adaptation du droit commun aux contextes socio-économiques en évolution, en tenant compte de la faiblesse des consommateurs.

Par exemple, on a pu se féliciter de l'application de la théorie de la lésion, dans plusieurs domaines contractuels, à la recherche du contrôle du juste prix⁶². La théorie de la responsabilité objective et de la responsabilité pour risque créé ont aussi exercé une certaine influence sur les magistrats.

⁵⁹ *De la déclaration de volonté*, Paris : Cotillon, 1901.

⁶⁰ *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Paris : Dalloz, 1927 ; *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris : Dalloz, 1928.

⁶¹ J. F. Lévy et A. Castaldo, *op. cit.* p. 797.

⁶² Surtout dans celui du contrat de mandat, avec la diminution des honoraires des professions libérales (médecins, avocats, architectes etc.)

Afin de protéger le consentement, la jurisprudence a développé une espèce d'obligation de renseignements, sur la base de l'article 1135 du Code civil français⁶³. Dans le même esprit, mais beaucoup plus tard, elle a fait intégrer les documents publicitaires dans le champ contractuel. La sanction du dol a été étendue au silence d'une partie (en général d'un professionnel) constitutif d'une *réticence dolosive* et, dans le même esprit, l'application du vice de violence, en cas de dépendance économique ou d'état de nécessité de l'une des parties. La notion d'erreur a pu être assimilée à la notion de lésion, l'erreur sur une qualité substantielle de la chose entraînant une erreur sur sa valeur.

L'article 1129⁶⁴ du même Code a aussi servi la jurisprudence, dans la protection des acheteurs contre la fixation arbitraire du prix de la chose par les vendeurs. La force obligatoire des contrats a, à son tour, subi une atteinte à caractère social de la part de la jurisprudence, qui a utilisé le principe de bonne foi⁶⁵ contre le vendeur ayant inséré des clauses préjudiciables aux intérêts de l'acheteur dans le contrat.

Finalement, l'idée d'obligations de résultat – à propos de la dichotomie existant entre celles-ci et les obligations de moyen – a été un instrument de la jurisprudence dans la protection des consommateurs, dans les domaines du transport des personnes, puis étendue aux jeux forains, aux restaurateurs et cafetiers ou aux téléskis, de même qu'aux laboratoires d'analyse médicale.

Tous ces courants ont représenté un mouvement de la jurisprudence, afin d'imprimer aux contrats un caractère social, et d'établir un équilibre réel entre les parties en présence.

Nonobstant ces quelques efforts, l'instabilité de l'orientation prise, les constants revirements de jurisprudence, la résistance opposée par les défenseurs de la traditionnelle autonomie de la volonté, n'ont été que des signes d'un même problème: le trouble causé au principe de la sécurité juridique que pourrait entraîner l'application, d'une même règle de droit, de façon différenciée, selon la condition des parties en présence.

E – Le dirigisme de l'État et les transformations du XX^e siècle

Les deux guerres mondiales, la situation de pénurie subie par la population pendant une longue période, un changement radical dans la pensée humaniste et sociale, ont constitué autant de facteurs qui ont amené la politique de l'État à un dirigisme accru. La notion « d'ordre économique de direction » gagne en force et le *welfare state* émerge comme le détenteur naturel du devoir de protection des parties défavorisées.

Dans l'Europe dévastée par la guerre, la menace d'inflation conduit à l'établissement des législations sur le contrôle des prix des produits et des services, et sur la fixation des salaires. La concurrence est aussi réglementée et les infractions à la législation économique sont réprimées (prix et ententes illicites, refus de vente, détention irrégulière de stocks etc.).

Vite, pourtant, une politique économique néo-libérale prend place, grâce à l'aide du Plan Marshall pour la reconstruction de l'Europe. Les échanges internationaux sont favorisés et la jeune Communauté européenne voit le jour. Le progrès scientifique et technologique

⁶³ Art. 1135: « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. »

⁶⁴ Art. 1129 du C.C. français: « Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. »

⁶⁵ Art. 1134, III, du C. C. français: « [Les conventions légalement formées] doivent être exécutées de bonne foi. »

avance rapidement et la production atteint des niveaux jamais auparavant vécus, en échelle mondiale. Les entreprises grandissent et les concentrations économiques s'intensifient. C'est l'avènement de la société de consommation, à partir des années 1960.

Le déséquilibre entre professionnels et consommateurs est flagrant, et le contrat devient instrument d'oppression des plus faibles par les plus puissants. Les exigences de la modernité aggravent l'obsolescence des instruments du droit commun dans le but de protéger les consommateurs.

L'obligation de renseignements due au vendeur, dans les rapports individuels du Code civil, ne suffit pas à apporter aux consommateurs une information positive, complète et simple sur les nouveaux produits. Les accidents pour manque d'information se multiplient.

La protection individuelle contre les vices du consentement par le droit commun échappe aux pièges de la publicité trompeuse – qui atteint d'ailleurs toute la collectivité – en face de l'exigence de la preuve de l'intention du vendeur.

La théorie traditionnelle des vices rédhibitoires, exigeant à la fois un certain niveau de gravité du vice et qu'il soit occulte, ne protège pas les consommateurs contre les petits défauts, de quantité ou de qualité, ni du manque de durabilité des produits. L'approche traditionnelle de la responsabilité – basée essentiellement sur la faute et encadrée rigoureusement dans des rapports individuels – en même temps qu'elle érige de difficiles barrières à la réparation des dommages causés aux consommateurs, elle ne les protège pas collectivement contre la mise en circulation des produits dangereux.

La justice, comme les autres marchandises du système du laissez-faire, ne pouvait être obtenue que par ceux qui détenaient les moyens de se la procurer. L'accès formel à la justice, non pas effectif – de même qu'une égalité formelle, non pas effective – était seul envisagé.

Lorsqu'on envisage la réalité actuelle du monde globalisé, force est de reconnaître que ces défaillances du système juridique traditionnel se révèlent beaucoup plus aiguës. Les sociologues indiquent une crise de la modernité⁶⁶, des juristes parlent de crise de la « post-modernité »⁶⁷:

Enfin, toutes ces constatations conduisent à conclure que le droit commun n'est plus adapté (l'a-t-il jamais été ?) à offrir aux consommateurs dans une société moderne une protection efficace de leurs intérêts. Il serait peut-être encore utile pour protéger les intérêts des contractants agissant en pied d'égalité. Mais pas quand un déséquilibre significatif est avéré dans les relations de consommation. Le rétablissement de l'équilibre visé exige donc l'adoption de règles impératives qui tiennent compte de la vulnérabilité du groupe consommateur, vis-à-vis des professionnels. L'ensemble juridique ainsi constitué fera l'objet du droit de la consommation, qui apparaît comme droit spécial de protection.

⁶⁶ A. Touraine, *Critique de la modernité*, Paris: Fayard, 1993. H. Lefebvre, *Critique de la vie quotidienne*, Paris: L'Arche, 1981.

⁶⁷ C. Marques, *op. cit.* p. 173 : « Nous vivons un temps de changement dans le style de vie ; de l'accumulation de biens matériels, nous passons à l'accumulation de biens immatériels ; des obligations de donner, aux obligations de faire ; du modèle d'obligations éphémères des contrats de vente, à un modèle de durée prolongée de la relation contractuelle ; de l'engagement personnel direct, à l'automatisation des contrats à distance, par les moyens électroniques ; des relations simplement privées, aux relations privées d'intérêt social ou public. » Idem, p. 160. (libre traduction de l'originel en portugais)

L'importance de cette protection spéciale d'ailleurs sera ressentie encore plus intensément dans les pays moins développés, considérant leurs faiblesses économiques et psychologiques accrues. Ici, les droits déjà consolidés dans les pays industrialisés sont souvent complètement ignorés⁶⁸. En effet, les systèmes juridiques formels et conservateurs des pays de l'Amérique Latine reflètent encore généralement les principes et les doctrines de sociétés fondés sur une économie à base agricole.

La consolidation du droit de la consommation doit alors tenir compte des particularités de chaque société, notamment: en définissant l'étendue de la régulation économique ; en adaptant, à l'aide de la méthode du droit comparé, les instruments ayant connu un succès dans certains pays, à d'autres contextes économiques, moins sophistiqués ou moins homogènes ; enfin, en choisissant les modèles formels de protection juridique spécifique.

Encore faut-il répondre à la question de savoir « Qui est le destinataire de ces mesures spéciales ? » ; « Le droit de la consommation, existe-t-il pour quel ou quels consommateurs ? » La réponse à ces questions concerne la définition juridique du consommateur, dans le cadre des particularismes et des spécificités du droit de la consommation.

Section II. Les particularismes du droit de la consommation

Il s'agit de l'établissement de normes d'ordre public et d'intérêt social, qui prévoient des mesures impératives en vue de protéger le sujet privilégié dans les rapports de consommation. La compréhension de la logique du droit de la consommation fait appel à l'identification du destinataire des ces normes spéciales (A), préalablement à la vérification des principes et des spécificités de cette nouvelle branche du droit privé (B).

A – Les définitions juridiques du consommateur

Différentes théories juridiques ont été formulées à propos de la notion de *consommateur* (a); elles ont exercé une influence plus ou moins grande sur le législateur, dans chaque système juridique faisant l'objet de cette étude (b).

a) Les théories autour de la notion de consommateur

Nous avons remarqué lors de l'analyse socio-économique du phénomène de la consommation, que les deux théories économiques aboutissant à une définition du consommateur donnent lieu, chacune, à la naissance de définitions juridiques distinctes.

Deux courants juridiques se sont ainsi formés : l'un, nommé *maximaliste* (1), a accueilli la théorie économique du consommateur individuel ; l'autre, suivant la théorie subjective de la norme sociale de la consommation, est désigné comme *finaliste* (2).

1. Courant maximaliste

La théorie maximaliste⁶⁹ est aussi appelée théorie objective⁷⁰ du consommateur.

Suivant la notion technique de destination finale (purement factuelle) des biens, le courant objectif prétend étendre la définition légale de consommateur à toute personne qui accomplit l'acte technique de consommer, c'est-à-dire de retirer un bien circulant au sein du système économique.

⁶⁸ « Fondamentalement, tous les consommateurs des pays non développés sont des consommateurs défavorisés. » H. B. Thorelli et G. D. Sentell, *apud* A. H. Benjamin, *op. cit.* p. 64.

⁶⁹ C. Marques, *op. cit.* p. 255.

⁷⁰ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 45.

Sans tenir compte de la personne qui consomme, ni du but poursuivi par celle-ci, le courant maximaliste a pour conséquence « d'inclure dans le champ des préoccupations du droit de la consommation les professionnels, industriels, commerçants ou prestataires de services qui acquièrent, pour les besoins de leurs entreprises, des biens d'équipement, voire même d'investissement. »⁷¹

Ainsi, seraient consommateurs, par exemple, le fabricant de serviettes de bain qui achète du coton pour le transformer ; le fabricant de cellulose qui achète des voitures pour le transport de ses visiteurs ; l'avocat qui achète une machine à écrire pour son bureau ; voire même l'État, lorsqu'il acquiert des stylos pour l'usage dans des administrations publiques ; et, bien sûr, la ménagère qui acquiert des denrées alimentaires pour les besoins de sa famille.⁷²

Cependant, comme nous avons remarqué au départ de cette étude, le mot « équilibre » joue un rôle fondamental dans les propos du droit de la consommation. Il en résulte que le critère fondé sur l'acte de consommer, à cause de sa généralité, rend l'intérêt du consommateur plus diffus qu'il n'est déjà. « Il limite considérablement la portée et les objectifs de la politique visant à promouvoir les intérêts des consommateurs au sein du système économique, enlève tout impact véritable aux normes prises en vue de compenser le processus de socialisation de la consommation. »⁷³

En étendant son champ d'application aux rapports entre commerçants, ou entre ceux-ci et des non professionnels, voire les rapports entre particuliers, l'ensemble juridique nommé droit de la consommation se transformerait en un nouveau règlement général des échanges économiques. Cependant, prétendre que le droit de la consommation ait pour vocation de s'emparer du domaine propre au droit commercial, au droit civil, ou au droit privé de façon généralisée, nous paraît excessif.

C'est ignorer la spécificité des relations entretenues par les consommateurs avec les producteurs/distributeurs, dans le cadre de la chaîne ou du processus économique de production : « Seule une appréhension subjective du phénomène de la consommation centrée sur la personne du consommateur et sur les conditions dans lesquelles celle-ci remplit son rôle au sein du cycle production – distribution – échange – consommation, permet de déceler les oppositions qui traversent le champ de la consommation, d'identifier les faiblesses et les besoins du groupe socio-économique 'consommateur' au sein de ce cycle et de parvenir ainsi à une définition plus exacte des remèdes que le droit est susceptible d'apporter à la situation du consommateur. »⁷⁴

2. Courant finaliste

Se servant des contributions apportées par les partisans de théorie de la norme sociale de la consommation, les juristes ont formulé une théorie qualifiée comme *subjective*⁷⁵ ou *finaliste*⁷⁶ du consommateur.

⁷¹ *Idem*, p. 46.

⁷² Les exemples sont fournis par C. Marques, *op. cit.* p. 255.

⁷³ Th. Bourgoignie, p. 47.

⁷⁴ *Idem ibidem*. L'auteur poursuit : « Dès lors que la réalité des rapports unissant producteurs et consommateurs au sein du système économique de type capitaliste révèle une situation de profond déséquilibre, voire d'exploitation du groupe 'consommateur' par l'autre, la définition du champ d'analyse du phénomène de la consommation ne peut taire ces différences et ces antagonismes. »

⁷⁵ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 48.

⁷⁶ C. Marques, *op. cit.* p. 253.

Elle met l'accent sur deux points essentiels, négligés par la première: d'une part, la personne amenée à consommer (critère personnel) ; d'autre part, la finalité de l'acte de consommer (critère fonctionnel) lors des transactions conclues avec le professionnel, considéré le pôle plus puissant de la relation.

L'acte de consommer est ainsi envisagé en tenant compte du rôle du consommateur, comme le dernier stade du processus économique. À la notion de destination finale s'ajoute alors celle d'un usage privé, non professionnel. La condition de vulnérabilité du consommateur et le déséquilibre inhérent à la relation sont aussi des caractères implicites de la définition.

Serait donc consommateur « toute personne qui acquiert ou utilise un bien ou un service comme destinataire final, pour un usage privé »⁷⁷.

Avant de passer à l'analyse du droit positif, il faut encore préciser la portée des éléments de cette notion: d'abord, la matérialisation de l'acte de consommer (i) ; ensuite, le but poursuivi dans l'accomplissement de l'acte (ii).

i) Selon l'énonciation décrite ci-dessus, serait consommateur celui qui acquiert ou qui utilise un bien ou un service⁷⁸. Acquérir et utiliser sont deux activités qui traduisent l'acte technique de consommer, mais elles ne recouvrent pas pour autant la totalité des agissements possibles. Ainsi, la définition juridique de l'acte en question se doit d'être aussi large que possible.

Pour remédier à ce besoin de généralité, la doctrine suggère les actes d'acquérir, de posséder ou d'utiliser un bien⁷⁹. Cela permettrait d'étendre le champ d'application du droit de la consommation à toute personne qui agit, en achevant le processus économique d'un bien ; c'est-à-dire, non seulement à ceux qui s'engagent dans des contrats, mais aussi à ceux qui parviennent à posséder et à utiliser des biens, soit par le biais d'un rapport de consommation⁸⁰.

ii) Le deuxième aspect de la notion porte sur la destination finale, ou l'usage privé donné à un bien ou un service. C'est, en vérité, l'élément fondamental de cette théorie, parce qu'il détermine la spécificité des relations de consommation et distingue un consommateur d'un producteur, d'un distributeur ou d'un prestataire de services.

⁷⁷ « Acheter sa nourriture, se faire soigner, acheter un appareil domestique ou une voiture, souscrire une assurance, voyager, prendre un appartement en location, faire construire son logement, emprunter les sommes nécessaires pour ces dépenses, voilà quelques exemples d'actes de consommation, et l'on pourrait en citer bien d'autres. » J. Calais-Auloy, *op. cit.* p. 9.

⁷⁸ La prestation d'un service étant un bien susceptible de traduction monétaire, l'expression "bien" sera utilisée tant pour un service que pour un produit.

⁷⁹ V. Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 48-50: « L'utilisateur d'un bien ou d'un service qu'il a acquis est certes consommateur mais le sont aussi (i) l'utilisateur d'un bien ou d'un service qui ne l'a pas acquis personnellement (membre de la famille, ami, proche ou voisin, passager), (ii) l'acquéreur d'un bien ou d'un service qui n'entend pas l'utiliser personnellement (achat en vue d'une donation, commande d'une œuvre pour autrui) ainsi que (iii) la personne qui entre en possession d'un bien ou d'un service en dehors de tout lien contractuel, qu'elle l'utilise ou non.

⁸⁰ Th. Bourgoignie (*op. cit.* p. 50) attribue à la doctrine française la négligence de cet aspect de la notion de consommateur, parce qu'elle met, dit-il, principalement l'accent sur la notion d'acquéreur, ce qui ne comprend qu'un rapport contractuel. On trouve dans l'édition de 2003 de l'ouvrage de Calais-Auloy (*Droit de la consommation*, p. 7) la définition suivante: « Le consommateur est une personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel. [...] Un bien acheté par une personne peut, par exemple, être utilisé par les membres de la famille, qui sont des tiers au contrat de vente. Ces tiers utilisateurs sont eux aussi des consommateurs, bien qu'ils soient un peu en marge d'un droit encore enchaîné à la notion de contrat ». L'auteur remarque que la définition reprend celle qui avait été proposée par la commission de refonte du droit de la consommation en 1990.

La destination finale doit être une destination économique, appréciée d'après une interprétation téléologique de la norme de protection, et non la destination simplement factuelle⁸¹ donné à un bien, ou le simple acte de le retirer de circulation au sein du système économique.

Pour le courant finaliste, cette interprétation « réduit la figure du consommateur à celui qui acquiert (utilise) un produit pour son usage personnel et de sa famille ; consommateur serait le non professionnel, car la finalité [de la norme] est de protéger de façon spéciale un groupe de la société considéré plus vulnérable. »⁸²

L'usage doit être privé, non professionnel, n'ayant pas le lucre pour finalité⁸³. Cherchant à mieux saisir la finalité privée de l'acte, des auteurs suggèrent une définition selon un critère négatif : « Pour rendre compte de cette réalité, on préférera au critère de l'usage privé ou non-professionnel celui, certes plus diffus, de la non-continuation, dans le chef de la personne qui acquiert, entre en possession ou utilise un bien ou un service, de toute production, transformation ou distribution relativement au même bien ou de toute prestation relativement au même service, dans le cadre de l'objet de son activité commerciale ou professionnelle. »⁸⁴

Il faut remarquer, cependant, que ce critère n'empêche pas qu'un commerçant réclame la condition de consommateur, quand il entend agir dans un but personnel ou privé. Mais on peut encore se poser la question de savoir si seuls les professionnels agissant dans un but privé mériteraient la protection (alors même qu'ils agiraient dans leur sphère de compétence ?), ou s'il suffirait qu'ils contractent en dehors de leur propre spécialité professionnelle.

En effet, après les premières conquêtes du mouvement consumériste, des professionnels, eux-mêmes, commencèrent à réclamer la protection des normes spéciales, dans les contrats où ils se trouvaient liés avec d'autres professionnels – comme d'ailleurs l'entendait le courant maximaliste décrit ci-dessus.

On a pu observer alors dans la jurisprudence de certains pays⁸⁵ une évolution, d'une conception plus restreinte à une interprétation plus extensive, afin de permettre aux petits commerçants, artisans et professionnels libéraux de se prévaloir des dispositions protectrices, dans les contrats où ils se trouvaient en position de faiblesse, de vulnérabilité par rapport à leurs co-contractants professionnels, plus puissants.

La doctrine s'est révélée partagée, certains auteurs refusant la protection aux personnes agissant dans un but professionnel⁸⁶, d'autres accordant la condition de consommateur aux professionnels agissant en dehors de leur spécialité professionnelle, voire même l'extension des règles protectrices à tous les contractants « économiquement faibles »⁸⁷.

⁸¹ C. Marques, *op. cit.* p. 254.

⁸² *Idem ibidem* (traduction du portugais)

⁸³ La question du but non lucratif est controversée, quand il s'agit par exemple de l'allocation d'argent en bourse. Cláudia Marques l'exclut – tandis qu'elle l'admet pour le placement d'argent en caisse d'épargne populaire (*op. cit.* p. 332), de même que N. Nery (*Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Revista de direito do consumidor, n. 3, 1992.) ; Calais-Auloy admet l'extension de la protection aux épargnants, mais il souligne le besoin de ne pas les assimiler aux consommateurs (*op. cit.* p. 14) ; Thierry Bourgoignie l'accepte ouvertement, sous réserve du caractère non habituel ou non spéculatif de l'acte (*op. cit.* p. 51). La directive 2000/31 du 8 juin 2000 des Communautés européennes sur le commerce électronique inclut dans son article 3^e, alinéa 4^e, lettre a, tirée i « la protection des consommateurs, y compris des investisseurs. » JOCE L 178, 17 juill. 2000, p. 1

⁸⁴ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 53.

⁸⁵ C'était les cas de la France et du Brésil, nous le verrons lors de l'analyse des définitions légales, plus loin.

⁸⁶ C'est la position de Calais-Auloy et de G. Paisant, en France, de Cláudia Marques, au Brésil, de B. Dutoit, en Suisse.

⁸⁷ J. P. Chazal, *Le consommateur existe-t-il?*, D. 1997. chron. 260.

La justification, pour ceux qui accordent la protection aux professionnels, c'est souvent que « la situation du petit commerçant amené à faire des acquisitions ou à souscrire des contrats d'entreprise pour les besoins de son activité professionnelle mais relativement à des objets ou des matières qui sortent de sa spécialité est effectivement très voisine de celle du consommateur qui contracte à des fins privées. Elle rejoint, aux yeux de la théorie économique, la sphère de la consommation: le professionnel en question constitue le dernier maillon du cycle de la vie économique du bien et du service concerné et se trouve, étant donné à la fois son manque de spécialisation et l'absence de pouvoir réel de négociation liée à la faible dimension de son entreprise, dans les mêmes conditions de déséquilibre et de soumission aux modes de production. »⁸⁸

La critique de cette concession réside dans ce qu'un tel élargissement du champ d'application du droit de la consommation entraînerait, d'une part, le risque du manque de sécurité juridique pour les parties contractantes, lesquelles, dès lors, ne sauraient plus exactement quel droit s'appliquerait à leurs relations⁸⁹; et d'autre part, le risque d'imprécision des limites de cette nouvelle branche du droit privé⁹⁰.

Il est alors intéressant de constater les définitions légales de consommateur, adoptées dans certains systèmes juridiques.

b) Définitions légales du consommateur en Europe et au Brésil

Au vieux continent, feront l'objet de notre attention spécialement le droit communautaire européen (1), le droit français (2) et le droit suisse (3). Ensuite, c'est le droit brésilien (4) qui nous intéressera.

1) Le consommateur au sein de la Communauté Européenne

La Communauté européenne comprend un espace économique liant ses pays membres par un marché commun. Les politiques prises au sein de la Communauté européenne visent, en même temps, à la réalisation du marché intérieur et à la promotion des intérêts des consommateurs.

Au sein des pays membres de la Communauté, peu connaissent une législation cadre en droit de la consommation, et il n'existe guère de définitions précises de consommateur. La plupart d'entre eux optent pour une approche sectorielle, préférant édicter des lois spécifiques concernant des domaines précis de l'activité économique.

Cette approche a été suivie aussi dans le cadre du droit communautaire. À travers les instruments juridiques définis dans les articles 95 et 153 du Traité instituant, soit des règlements et des directives, sont formulées les normes destinées à promouvoir les intérêts des consommateurs.

⁸⁸ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 52-53. L'auteur explique qu'en 1979 il avait critiqué l'inclusion des personnes morales dans la définition de consommateur de l'avant projet de réforme de la loi belge sur les pratiques du commerce, et il justifie que: « l'approche plus complète réalisée à l'occasion du présent ouvrage nous amène à revenir sur notre position ». Dans le même sens, au Brésil, A. H. Benjamin, *apud* C. Marques, *op. cit.* p. 254. Calais-Auloy par contre affirme que « la personne qui agit pour les besoins de sa profession ne devrait jamais être considérée comme un consommateur », quoiqu'il admet cette qualité pour les personnes morales de droit privé ayant une activité non-professionnelle, telles les associations sans but lucratif. *Op. Cit.* p. 8.

⁸⁹ J. Calais-Auloy, *op. cit.* p. 12.

⁹⁰ « Si tous sont considérés des consommateurs, on ne traitera plus aucun différemment, et le droit spécial de protection serait, dès lors, un droit commun, qui ne sert plus à rééquilibrer et à protéger le non-semblable. Tout de plus, il serait un droit commun, même pas civil, mais commercial, national et international, ce qui ne nous paraît pas justifié. » Cf. C. Marques, *op. cit.* p. 278-279. (Libre traduction de l'originel en portugais)

La Résolution n° 543, adoptée par l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe le 17 mai 1973, contenant une Charte de Protection du consommateur, définissait déjà celui-ci comme « une personne physique ou morale à laquelle des biens sont vendus et des services fournis pour un usage privé. »⁹¹

Il n'y a pas de définition unique, cependant. Différentes notions sont fournies dans le cadre de chaque directive, règlement ou convention régissant un domaine juridique spécifique de l'ordre communautaire. Souvent il s'agit d'une approche plutôt négative, définissant le champ d'application de la norme par allusion à la notion, subjective, du but non professionnel de l'acte de consommation.

C'est ainsi que la Convention de Rome de 1980, concernant la loi applicable aux obligations contractuelles, statue dans son article 5, alinéa 1^{er}, que ses dispositions s'appliquent « aux contrats ayant pour objet la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services à une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle... ».

La même formule a été utilisée pour définir le champ d'application du règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dans son article 15, alinéa 1^{er}.

En ce qui concerne les directives, celles qui essaient de fournir une conception plus précise caractérisent le consommateur comme une personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale. C'est le cas des directives sur les clauses abusives⁹², sur la protection en matière d'indication des prix des produits offerts aux consommateurs⁹³, de la proposition de directive concernant les pratiques commerciales déloyales⁹⁴, de la directive sur la protection des consommateurs en matière de contrats à distance⁹⁵, de celle sur la commercialisation à distance des services financiers auprès des consommateurs⁹⁶, sur le commerce électronique⁹⁷, de celle sur le crédit à la consommation⁹⁸ et de la directive sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation⁹⁹.

Même cette formule plus précise du consommateur, vu qu'elle repose sur une conception négative du but de l'acte de consommation, pourrait permettre à un professionnel de réclamer les bénéfices des directives consuméristes dès lors qu'il entendrait agir dans un but privé, personnel ou familial¹⁰⁰.

⁹¹ La référence est donnée par Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 29.

⁹² Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, article 2, alinéa b.

⁹³ Directive 98/6/CE du 16 février 1998, article 2, alinéa e.

⁹⁴ Proposition de directive relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant les directives 84/450/CEE, 97/7/CE et 98/27/CE. COM (2003) 356 final. La proposition de directive définit non seulement le consommateur selon la même formule décrite ci-dessus, mais aussi le *consommateur moyen*: « tout consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé », article 2, alinéas a et b.

⁹⁵ Dir. 97/7/CE du 20 mai 1997, article 2, al. 2.

⁹⁶ Dir. 2002/65/CE du 23 septembre 2002, article 2, al. 2.

⁹⁷ Dir. 2000/31/CE du 8 juin 2000, article 2, al. e.

⁹⁸ Dir. 87/102/CE du 22 décembre 1986, article 1, al. 2, lit. a.

⁹⁹ Dir. 1999/45/CE du 25 mai 1999, article 1, al. 2, lit. a.

¹⁰⁰ La proposition modifiée de Règlement relatif aux promotions des ventes dans le marché intérieur COM(2002) 585 final, dans son article 2, alinéa d, qui inclut expressément les entreprises, les organisations et les personnes dans la définition de *client*.

La tâche d'uniformiser les diverses définitions de consommateur incomberait, finalement, à la Cour de Justice de la Communauté Européenne. Elle a ainsi décidé que le consommateur est « une personne physique, agissant dans un but considéré comme étranger à son activité professionnelle. »¹⁰¹

Mais les magistrats communautaires se sont montrés exigeants par rapport au comportement attendu du consommateur. La notion de « consommateur moyen » est alors celle d'une personne normalement informée, raisonnablement attentive et avisée¹⁰².

On ne manquera pas de noter, cependant, l'avertissement de la doctrine¹⁰³ qui reconnaît, dans la résolution du Conseil du 14 avril 1975, l'importance d'une notion qui tienne compte des conditions économiques et sociales qui caractérisent l'exercice de la fonction de consommer, lorsqu'il est affirmé que : « Désormais, le consommateur n'est pas considéré seulement comme un acheteur et un utilisateur de biens et de services pour un usage personnel, familial ou collectif, mais comme une personne concernée par les différents aspects de la vie sociale qui peuvent directement ou indirectement l'affecter en tant que consommateur. »

2) Définition de consommateur en France

En France, la problématique de la définition de consommateur implique des approches diverses, faute d'une définition légale précise. Le législateur français a refusé le projet d'un code de la consommation, élaboré par la commission de refonte du droit de la consommation en 1990, où figurait une définition plus précise¹⁰⁴. L'adoption d'un *code à droit constant*, rassemblant les lois protectrices en vigueur, a été préférée. En conséquence, la protection du consommateur s'accomplit par des approches sectorielles, chacune concernant une activité économique spécifique.

Le code de la consommation approuvé en 1993, quoiqu'il présente une compilation des lois consuméristes facilitant le travail des opérateurs du droit, a cependant gardé les imprécisions et contradictions de diverses lois¹⁰⁵.

Par conséquent, il manque encore de réponses uniformes de la part de la jurisprudence et de la doctrine à ces polémiques questions : « Faut-il accorder la protection aux seules personnes physiques, ou aussi aux personnes morales ? » « Le droit de la consommation s'appliquerait-il seulement aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, ou aussi aux contrats entre deux professionnels ? »

¹⁰¹ Arrêts CJCE 14.03.1991 Di Pinto, aff. C-361/89, Rec. 1991, I, p. 1206 ; CJCE 22.11.2001 Cape c. Idealservices, aff. Jointes C-541/99, C-542/99, Rec. 2001, I, p. 9049 ; CJCE 7.7.1997 Benincasa c. Dentalkit, aff. C-269/95, Rec. 1997, I, p. 379.

¹⁰² Ainsi, si elle a pu reconnaître que la protection des consommateurs et la loyauté des transactions commerciales relèvent de l'intérêt public (art. 28 et 30 du Traité) et peuvent justifier une dérogation au principe de la libre circulation des biens et des services (CJCE Cassis de Dijon, aff. 120/78, Rewe-Zentral, Rec. 1979, p. 2187), elle n'a pas moins déclaré que le consommateur est un agent en interaction avec ses partenaires économiques au sein du marché intérieur, et qu'il faut le protéger seulement jusqu'au point de garantir le fonctionnement d'un marché concurrentiel (Arrêts CJCE 6.7.1995, Mars, aff. C-470/93, Rec. 1995, I, p. 1936 ; CJCE 16.7.1998, Gut Springheide, aff. C-210/96, Rec. 1998, I, p. 4657 ; CJCE 28.1.1999, Kessler c. Riesling, Rec. 1999, I, p. 513 ; CJCE 12.1.2000, Estee Lauder Cosmetics, aff. C-220/98, Rec. 2000, I, p. 119 ; CJCE 22.6.1999, Lloyd Schneblehrih Meyer, Rec. 1999, I, p. 3819 ; CJCE 11.7.2002, Gabriel, Rec. 2002, I, p. 6367). Dans l'arrêt Buet, la Cour avait admis que le consommateur peut nécessiter une protection accrue (CJCE, 16 mai 1989, Rec. 1989, p. 1235).

¹⁰³ T. Bourgoignie, *op. cit.* p. 30.

¹⁰⁴ « Le consommateur est une personne physique ou morale qui se procure ou qui utilise un bien ou un service pour un usage non-professionnel. » *Apud* J. Calais-Auloy, *op. cit.*, p. 7.

¹⁰⁵ Il étonnerait au juriste étranger ignorant le système français, par exemple, le fait que parmi les premières règles du Code figure celle qui se réfère spécifiquement à la quantité obligatoire de cacao dans la composition des chocolats...

En effet, l'absence de définition précise a permis justement d'accorder la protection tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, voire aux professionnels, selon le but de chaque loi spécifique.

Par exemple, tandis que la loi sur le traitement du surendettement exclut les personnes morales de son champ d'application¹⁰⁶, la loi sur le crédit à la consommation¹⁰⁷ les protège clairement (sauf celles de droit public). La loi sur les clauses abusives¹⁰⁸ est vouée à la protection des « non-professionnels ou consommateurs », ce qui permet son application aux personnes morales.

La loi sur le démarchage à domicile¹⁰⁹, à son tour, fait allusion aux « domiciles des personnes physiques ». Mais puisqu'elle contient une conception plutôt négative de la définition – qui exclut de son champ d'application les transactions ayant un rapport direct avec l'activité professionnelle de l'acheteur¹¹⁰ – on a pu l'appliquer à des professionnels, sous prétexte que seul un rapport indirect existait entre les contrats respectifs et l'exercice de leurs professions.

Les divergences entre les définitions légales ont été, par ailleurs, doublées d'une ambiguïté jurisprudentielle, la Cour de Cassation n'ayant pas toujours poursuivi son rôle uniformisateur de façon régulière, surtout à propos de contrats conclus entre deux professionnels.

Parfois elle a décidé d'étendre à ceux-ci la protection des lois sur le démarchage à domicile¹¹¹ et sur les clauses abusives¹¹², sous la justification que « celui qui contracte en dehors de sa spécialité professionnelle agit dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur. » Cette conception était néanmoins trop large, car elle conférerait le trait consumériste à toute transaction mise en œuvre entre un contractant compétent et un co-contractant ignorant, plutôt qu'entre un professionnel et un consommateur, sans mot dire quant à l'éventuel but professionnel de l'acte d'acquisition.

D'autres fois, la Cour a refusé d'accorder la protection légale à des professionnels contractant « pour les besoins de leurs professions »¹¹³, et même à ceux qui, s'étant engagés dans un but non-professionnel, détenaient pourtant les compétences professionnelles inhérentes aux biens faisant l'objet de leurs contrats¹¹⁴.

En 1992 la Cour a rendu un arrêt qui semblait tendre à l'unification des diverses définitions légales. À propos d'un litige concernant un contrat conclu par démarchage à domicile, elle a appliqué le critère de l'incompétence de l'acquéreur du bien (mentionné

¹⁰⁶ Article L-331-2 et suivants du code de la consommation.

¹⁰⁷ Article L-311-3 et L-312-3 du code de la consommation.

¹⁰⁸ Article L-132-1 et ss.

¹⁰⁹ Article L-121-21 à 121-33 du code.

¹¹⁰ Article L-121-22, alinéa 4.

¹¹¹ Contrat conclu entre un agriculteur et une entreprise d'expertise de sinistres. Cass. civ. 1^{re}, 15 avril 1982.

¹¹² Contrat conclu entre une agence immobilière et un fournisseur de matériel d'alarmes et de sécurité. Cass. Civ. 1^{re}, 28 avril 1987.

¹¹³ Contrat conclu par un agent d'assurances pour la publicité de son cabinet. (Cass. civ. 1^{re}, 15 avril 1986). La Cour a aussi décidé dans trois arrêts du 31 mars 1992 d'exclure de l'application de la loi sur le surendettement ceux qui possédaient des dettes « nées pour les besoins ou à l'occasion de l'activité professionnelle ». Bull. civ. I, n. 107 ; JCP 92, éd. G, IV, 1670.

¹¹⁴ Contrat financier conclu par un pharmacien, faisant des placements d'argent. (Folco c. Crédit Lyonnais : JCP 93, éd. G, IV, 173).

auparavant, dans un arrêt de 1987, à propos de la loi sur les clauses abusives), sous réserve du but non-professionnel de l'acte, (condition requise par la loi sur le crédit à la consommation).¹¹⁵

Enfin, depuis 1995 elle a adopté une formule qui se rapproche de la définition prévue dans la loi sur le démarchage à domicile, selon laquelle « n'est pas un consommateur et ne bénéficie donc pas des règles protectrices celui qui conclut un contrat présentant un 'rapport direct' avec son activité professionnelle. »¹¹⁶ Cette conception a été étendue aux contentieux relatifs aux clauses abusives¹¹⁷ ainsi qu'au crédit à la consommation¹¹⁸.

La majorité de la doctrine condamne cette diversité d'approches, ainsi que l'adoption du critère du rapport direct : il implique, dit-on, une recherche au cas par cas, dont le résultat est toujours aléatoire, rendant la définition de consommateur « plus floue qu'elle ne l'est déjà »¹¹⁹. En outre, il en résulte un manque de sécurité juridique pour les parties contractantes, ce qui ne se conforme pas aux objectifs du législateur, lorsqu'il a institué le code de la consommation : « une telle diversité nuit à la cohérence du droit de la consommation. [...] Et lorsque la loi du 18 janvier 1992 annonce en son article 12 qu'il sera créé un Code de la consommation', c'est bien avec l'idée d'apporter plus de cohérence en ce domaine. Même si ce travail de codification ne consiste pas à créer des règles nouvelles mais à rassembler et ordonner des normes existantes, l'esprit d'unité qui s'en dégage doit inciter à interpréter ces dernières de manière à ce que, dans la mesure du possible, leurs bénéficiaires soient compris de la même façon. Ce rassemblement des textes inhérents à la codification appelle la cohésion des notions essentielles qu'ils mettent en œuvre. »¹²⁰

Quelques solutions sont suggérées par la doctrine pour résoudre le problème : « que la jurisprudence abandonne l'expression 'rapport direct' et consacre ainsi la définition stricte du consommateur : la personne qui agit pour les besoins de sa profession ne devrait jamais être considérée comme un consommateur »¹²¹, « étant précisé qu'il pourrait en être ainsi chaque fois que l'intéressé agirait pour permettre, faciliter ou développer l'exercice de sa profession. »¹²²

Autrement, s'il fallait toujours admettre, concède-t-on, le critère du 'rapport direct' sur lequel semble insister la Cour de cassation, une autre voie suggérée consisterait à définir « qu'il existe un rapport direct toutes les fois que l'intéressé agit pour les besoins de sa profession »¹²³.

Finalement, l'image du consommateur retenue par la jurisprudence française semble être celle d'un individu moyen (le bon père de famille), bien informé et attentif aux actes qu'il

¹¹⁵ L'orientation est formulée par G. Paisant, d'après les motifs présentés dans l'arrêt Cass. civ. 1^{re} 25 mai 1992, in *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP, éd. G, 1993.I.3655.

¹¹⁶ La Cour de Cassation refuse, par contre, de constater elle-même l'existence du rapport direct dans les litiges soumis à son appréciation, remettant l'analyse aux juges de fond.

¹¹⁷ Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1996. Bull. civ. I, n° 9, – 30 janvier 1996: Bull. civ. I, n° 55.

¹¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 1989 : Bull. civ. IV, n° 148.

¹¹⁹ J. Calais-Auloy, *op. cit.* p. 12.

¹²⁰ G. Paisant, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP, éd. G, 1993.I.3655.

¹²¹ J. Calais-Auloy, *op. cit.* p. 13. En même sens, G. Paisant, *op. cit.*

¹²² G. Paisant, JCP 1996.II.22747.

¹²³ *Idem*.

accomplit au sein du marché¹²⁴. À cet égard, une décision rendue par le Tribunal correctionnel de Metz, dans une affaire où il s'agissait d'analyser le caractère mensonger d'une publicité, nous semble, pour le moins, illustrative :

« Il faut remarquer avec Planiol dans son *Traité pratique* que le droit ne doit pas se soucier de protéger les imbéciles ; tout individu entrant dans le commerce juridique doit veiller à sa propre sûreté et ne pas avaler comme argent comptant les couleuvres que la réclame aimerait lui voir avaler (...) Une publicité sur les prix sacrifiés, massacrés, atomisés, des rabais monstres et autres fariboles ne peuvent qu'éveiller l'attention d'un consommateur moyen, sinon il risque, de sa faute, de se faire refiler des rossignols, et il ne peut que s'en prendre à lui-même. Telle est la philosophie du commerce dans une société libérale et la défense du consommateur, qui devient un job, sinon un fromage pour ses affiliés, ne sert qu'à protéger des incapables honteux, éternels consommateurs assistés ou mauvais payeurs, et non individus libres et responsables. »¹²⁵

c) Définition de consommateur en Suisse

La Suisse ne connaît pas de loi cadre de protection des consommateurs¹²⁶. Pays de forte tradition libérale dans les affaires économiques, la restriction du marché concurrentiel par des lois de protection des consommateurs n'a jamais été la priorité du législateur helvète.

Bien qu'il y soit reconnu comme branche autonome du droit, le droit de la consommation cherche, en Suisse, plutôt à renforcer le rôle joué par le consommateur sur le marché – en réduisant ou en éliminant les déséquilibres structurels qui existent quant à l'information et au pouvoir de faire valoir leurs intérêts et droits – qu'à proprement protéger la partie faible dans les contrats de consommation.

On y compte, pourtant, des lois sectorielles de protection, telles la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP), la loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC), sur les voyages à forfait (LVF), la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD), sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAI), sur l'information des consommateurs (LIC), sur les cartels et autres restrictions à la concurrence, ou la loi sur les installations et appareils techniques et électriques (LSIT).

On trouvera ainsi le consommateur caractérisé dans ces lois comme *client*, *acheteur*, *voyageur* etc., dans le but fonctionnel d'élargir le champ d'application de chaque norme spécifique. La protection des consommateurs, cependant, s'accomplit surtout par le biais de la loi sur la concurrence déloyale, et les approches sectorielles n'apparaissent que subsidiairement à cette dernière notion.

En effet, le législateur suisse a préféré adopter une approche qualifiée de tridimensionnelle de la protection: en stimulant la concurrence entre les entreprises, en

¹²⁴ J. Calais-Auloy observe, cependant, que le consommateur moyen n'est pas le bon père de famille du code civil, puisque celui-ci est « assez lucide pour déjouer les pièges de la publicité trompeuse ; ce n'est pas lui qui a besoin de protection, c'est le consommateur moyen, beaucoup plus faible et crédule que le bon père de famille. » *Op. cit.*, p. 138.

¹²⁵ Trib. Corr. Metz, 27 mai 1982, *Gaz. Pal.*, 1983.1.79.

¹²⁶ L'avant-projet de Loi fédérale sur l'information et la protection des consommateurs – LIPC actuellement en discussion au sein du Parlement, quoiqu'il ne s'agisse pas d'une loi-cadre (Rapport explicatif, du 16 mars 2004), représente un effort de systématisation des diverses lois sectorielles sur l'information et sur la sécurité des consommateurs. Y sont prévus aussi une aide financière aux organisations de défense des consommateurs, et un système de règlement alternatif des différends.

prévenant les actes déloyaux et en fournissant les informations dont les consommateurs auraient besoin pour prendre leurs décisions de façon réfléchie et éclairée, on satisferait à la fois les intérêts des professionnels, l'intérêt public et l'intérêt des consommateurs.

« La constitution économique de la Suisse est celle d'une économie axée sur la concurrence et les obligations sociales. L'élément porteur de ce régime n'est autre que la libre, loyale et authentique concurrence. On escompte les résultats les plus favorables pour l'ensemble de l'économie, une amélioration croissante de l'efficacité économique et une protection optimale des consommateurs qui profitent d'une économie concurrentielle fonctionnant bien. »¹²⁷

Malgré ce déplacement de la protection des consommateurs vers le champ propre à la concurrence déloyale, nous trouvons quelques définitions plus précises du consommateur. La loi sur le crédit à la consommation de 2001 donne une définition qui se rapproche de celle utilisée dans les directives de la Communauté Européenne: « Par consommateur, on entend toute personne physique qui conclut un contrat de crédit à la consommation dans un but pouvant être considéré comme étranger à son activité commerciale ou professionnelle. »¹²⁸

La loi fédérale sur le droit international privé (LDIP, article 120), la loi fédérale sur les fors en matière civile (LFors, article 22, alinéa 2) et le Code des Obligations (article 40a, alinéa 1^{er}, disciplinant le démarchage à domicile), font tous référence aux contrats conclus avec des consommateurs, lorsqu'ils agissent dans un but personnel ou familial, pouvant être étranger à leurs activités professionnelles.

Le Tribunal Fédéral, instance supérieure de décision exerçant une compétence sur tout le territoire national, n'a pas pu fournir beaucoup d'éléments de la définition, faute de demandes soumises à son appréciation, ce qui s'explique par les coûts élevés de l'accès à la justice par rapport aux valeurs moindres des affaires de la consommation. Ses décisions permettent, toutefois, une ébauche de définition, rapprochée de la description fournie dans la loi sur le crédit à la consommation: consommateur est toute personne physique qui agit dans un but non professionnel, se trouvant dans un déséquilibre structurel dans les relations qu'il noue au sein du marché¹²⁹.

L'image du consommateur retenue par la jurisprudence est aussi celle d'un consommateur moyen, suffisamment informé et prudent, qui ne se laisse pas tromper par n'importe quelle démarche des professionnels sur le marché¹³⁰.

d) Définition de consommateur au Brésil

Le législateur brésilien, à la différence des exemples précédents, a opté pour l'unité de la définition légale du consommateur. Dans le Code de défense du consommateur¹³¹, l'article 2 prévoit que consommateur est toute personne physique ou morale, qui acquiert ou utilise un produit ou un service comme destinataire final.

¹²⁷ Message LCD, FF 1983 II 1037, 1069.

¹²⁸ LCC, 23.3.2001; article 3.

¹²⁹ ATF 121 III, 336, 339 s.

¹³⁰ ATF 107 IV, 200; ATF 106 IV, 218; ATF 129 III, 426: « le destinataire d'une publicité fondé de bonne foi [...] Il s'agit d'un acheteur Suisse moyen, non-professionnel et normalement doué (cf. KORALNIK, *op. cit.*, p. 118; BAUDENBACHER, *op. cit.*, n. 44, 47 et 57 ad art. 3, let e LCD) ».

¹³¹ L'édiction du « Código Brasileiro de Defesa do Consumidor », loi n° 8.078 du 11.09.1990 a été le résultat d'un ample débat sur le besoin de protéger les consommateurs, avec la participation de vastes secteurs de la société, y compris les représentants des

Option a été donc faite pour l'inclusion des personnes morales dans la définition¹³². Mais c'est la destination finale de l'acquisition ou de l'utilisation du bien ou du service, qui constitue le noyau dur de la définition, et qui restreint ainsi l'étendue du champ d'application de la loi. L'expression « comme destinataire final » fait appel au non-professionnel, à celui qui ne contracte point pour les besoins de sa profession.

Ne peut donc pas prétendre à la protection légale la personne morale qui donne à un bien ou à un service une destination finale purement factuelle, c'est-à-dire qui retire tout simplement le bien du marché pour l'utiliser dans son propre cycle de production. Le consommateur protégé par la loi est celui qui agit en achevant le processus économique des biens et des services, qui leur donne une destination finale, privée ou familiale.

Quoique les personnes morales aient été incluses dans la définition, la volonté du législateur a été de protéger le consommateur qui subit un déséquilibre structurel lors des rapports économiques qu'il entretient au sein du marché¹³³. C'est dans ce sens que la définition de consommateur de l'article 2 est complétée par l'article 4, alinéa I du Code, lorsque est proclamée la vulnérabilité et la position de déséquilibre où se trouve le consommateur, dans les relations qu'il noue avec les professionnels¹³⁴. C'est la définition de consommateur *stricto sensu*, dont la vulnérabilité constitue le pilier fondamental.

Mais il faut encore observer que le Code est constitué d'un microsystème juridique de protection spéciale ; il réunit des normes concernant tant la sécurité et la santé des consommateurs que leurs intérêts économiques. Et dans le but de promouvoir ces intérêts, le législateur brésilien a entendu étendre la protection aux dits « consommateurs par équivalence ».

C'est ainsi que le paragraphe unique de l'article 2 du Code tient compte de la dimension collective du groupe-consommateurs, et fait valoir la même protection à la collectivité de

intérêts des professionnels et de ceux des consommateurs. Plusieurs conférences d'ampleur nationale et internationale avaient été organisées dans le but de discuter les mesures les plus appropriées au contexte socio-économique du pays, avec la participation de professeurs renommés à l'échelle internationale, comme Eike von Hippel, Norbert Reich, Thierry Bourgoignie, Françoise Maniet, Jean Calais-Auloy, Mario Frota et Edwoud Hondius, ainsi que d'importants professeurs brésiliens, comme Fábio Konder Comparato, Eros Roberto Grau, José Carlos Barbosa Moreira, Alcides Tomasetti Júnior, Waldírio Bulgarelli, Rachel Sztajn et Carlos Alberto Bittar. Le moment politique était favorable, car l'Assemblée Constituante Nationale était réunie en vue d'établir une nouvelle Constitution pour le pays, après vingt ans de dictature militaire. Avec l'édiction du Code, qui s'est basé essentiellement sur les modèles de la Résolution n. 39/248 du 9.4.1985 de l'ONU et sur les travaux de la commission de refonte du droit de la consommation de France, le Brésil devenait le premier pays du monde qui comptait sur un vrai Code, systématisé, de défense des consommateurs, regroupant les principaux domaines qui concernent le droit de la consommation.

¹³² J. Filomeno affirme, cependant, que l'inclusion des personnes morales dans la définition du code brésilien contredit les principes d'une vraie politique de protection des consommateurs. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Forense Universitária, 1997, 5^e éd., p. 27. Plusieurs explications sont avancées pour justifier de cette option. L'une, présentée par la doctrine, nous semble assez révélatrice : il s'agirait d'une astuce particulière ayant orienté la politique législative du Parlement lors de l'élaboration du Code ; en effet, le législateur, connaissant la réalité brésilienne, d'une moindre organisation de la société civile et le caractère passif typique du consommateur-final brésilien, aurait accordé la protection aussi aux professionnels, dans un but initial d'inciter l'appel à la nouvelle instrumentation juridique et, ainsi, faire développer la jurisprudence, avec des effets positifs directs et indirects en faveur des consommateurs (Cf. C. Marques, *op. cit.* p. 296-297). Mais on peut aussi estimer que, s'agissant de la formation d'une nouvelle jurisprudence, basée sur des normes protectrices innovantes et qui mettaient en jeu les intérêts économiques de grands conglomérats professionnels, le fort *lobbying* de ces associations professionnelles auprès du législateur a dû jouer aussi un rôle décisif.

¹³³ Exposition des motifs du Code brésilien de défense des consommateurs, *Diário do Congresso Nacional*, 3.5.1989, seção II, p. 1663.

¹³⁴ J. Lopes, *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 78-79. *Apud* J. G. Brito Filomeno, *op. cit.*, p. 28.

personnes, encore qu'indéterminables, étant intervenue dans les rapports de consommation¹³⁵ ; l'article 17 étend la protection à toute victime des accidents de consommation¹³⁶ ; et l'article 29 l'accorde à toutes les personnes exposées aux pratiques commerciales décrites dans la loi, dont la publicité, les offres commerciales, les clauses abusives etc.

En somme, on trouve des définitions de consommateur dans l'article 2, dans son paragraphe unique et dans les articles 17 et 29 du Code de défense du consommateur. Dans ces derniers cas de figure, le législateur a entendu donner aux professionnels la possibilité de se prévaloir des dispositions protectrices accordées aux consommateurs.

Nombreux professionnels ont, effectivement, intenté des actions fondées sur les normes du Code. La jurisprudence, dans un premier temps, s'est penchée vers le courant maximaliste susmentionné, surtout à propos de contrats conclus avec des institutions bancaires, financières et d'assurances, et que la vulnérabilité de l'autre partie était constatée. Mais, quinze ans après la promulgation du CDC, l'analyse de la pratique jurisprudentielle révèle le développement d'une attitude parcimonieuse chez les magistrats, lesquels, désormais, n'accordent la protection spéciale aux professionnels qu'exceptionnellement¹³⁷.

Finalement, des spécialistes en droit de la consommation affirment qu'un modèle de *consommateur moyen* n'existe guère dans le contexte socio-économique brésilien. Pour eux, l'interprétation de la loi devrait se faire toujours *in concreto*, considérant les graves disparités économiques, sociales et informationnelles y existant : « au cas inopportun où l'on déciderait de le faire », il faudrait considérer un consommateur intellectuellement modeste et à faibles revenus¹³⁸.

B – Les principes, les impératifs et les spécificités du droit de la consommation

Le droit de la consommation s'inscrit au sein d'un mouvement plus ample, que comprend la politique des relations de consommation¹³⁹, visant à combler les nécessités des consommateurs et à promouvoir le respect de leur dignité, de leur santé et sécurité, la protection de leurs intérêts économiques, l'amélioration de leur qualité de vie, ainsi que la transparence et l'harmonisation des relations de consommation¹⁴⁰.

¹³⁵ Dans l'original: « Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. »

¹³⁶ « Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento. »

¹³⁷ C. Marques, *op. cit.*, p. 298. Cet auteur fait deux observations importantes: d'une part, l'application des normes de protection aux professionnels s'est avérée positive car, dans le contexte sociopolitique et culturel de la société brésilienne, les consommateurs en tirent plus de bénéfices économiques que de préjudices. D'autre part, le nouveau Code Civil brésilien (entré en vigueur en 2002) a unifié dans une large mesure les obligations civiles et commerciales. Il a notamment consacré le principe général de bonne foi (article 422), ce qui devrait avoir pour effet de réserver la protection des professionnels au seul champ d'application du droit civil, lorsqu'ils se trouvent en position de déséquilibre dans leurs rapports contractuels.

¹³⁸ A. H. Benjamin, *op. cit.* p. 56 et 67.

¹³⁹ Th. Bourgoignie refuse de qualifier le mouvement de « politique de la consommation », préférant l'expression « politique visant à la promotion des intérêts des consommateurs ». Il le justifie en rappelant que les préoccupations doivent se concentrer sur le sujet – le consommateur – et non à l'objet – la fonction ou l'acte de consommer. L'expression « politique nationale des relations de consommation » a été préféré par le législateur brésilien, qui l'a prévue dans l'article 4 du Code de défense du consommateur.

¹⁴⁰ Dans le cadre de la Communauté européenne, ces objectifs sont énoncés dans l'article 153 du Traité qui l'institue, en France, l'ancienne loi du 18 janvier 1992 déterminait la création d'un code de protection des consommateurs dans son article 12 ; en Suisse, la Constitution fédérale détermine dans son article 97 la prise de mesures visant à la protection des consommateurs ; au Brésil l'article 5, alinéa XXXII, ainsi que l'article 170, al. V de la Constitution consacrent leur protection comme un droit fondamental, et comme un principe conformateur de l'ordre économique.

La réalisation de ces objectifs se fait par l'établissement de mesures à caractère juridique, économique, social et politique, qui définissent ainsi la politique de promotion des intérêts des consommateurs.

Les principaux objectifs et orientations de cette politique seront ensuite décrits, à la lumière des principes généraux qui conduisent la mise en œuvre des mesures de protection. La portée de cette étude ne nous permet pas d'entamer une analyse approfondie de chaque institut juridique de protection spéciale dans les pays concernés. Une référence sera faite, cependant, en note, dans le cadre des objectifs généraux respectifs.

Objectifs principaux de la politique des relations de consommation.

Pour accomplir les objectifs de la politique de promotion des intérêts des consommateurs, des mesures doivent être prises concernant leur éducation et information (a) ; la protection de leur santé et sécurité (b) ; la protection de leurs intérêts économiques (c) leur organisation et représentation politique (d) ; et leur accès à la justice (e).

a) L'éducation et l'information des consommateurs

L'éducation des consommateurs est un des éléments les plus importants d'une politique efficace de promotion de leurs intérêts, car elle permet la formation d'une conscience critique sur les divers aspects liés à la consommation ; elle rend compte de la dimension juridique que comportent les actes de consommer. L'éducation des consommateurs constitue alors « la pierre d'angle de l'édifice à construire »¹⁴¹.

Des démarches sont indiquées, qui se réfèrent à la mise en œuvre de programmes d'incitation à la prise de conscience par les jeunes, quant au phénomène de la consommation, ainsi que des débats publics qui soulignent les problèmes liés à ce sujet. La formation de consommateurs consciencieux sert d'ailleurs à pallier les défaillances du système économique à l'égard, par exemple, de leurs intérêts économiques, de leur santé et de leur sécurité. Le défaut d'éducation, au contraire, accroît la fragilité des consommateurs, en face des risques inhérents à la consommation de masse¹⁴².

L'information des consommateurs est aussi très importante, elle concerne non seulement leurs intérêts économiques, mais aussi leurs intérêts politiques et sociaux. Par la comparaison qu'elle permet, l'information devient une condition de rationalité et de transparence du marché, permettant au consommateur de faire ses choix en connaissance de cause. Il peut, dans une certaine mesure, remplir son rôle de promoteur de l'équilibre dans le jeu du marché.

L'information lui permet aussi de connaître ses droits ; il devient ainsi plus capable de participer aux processus politique et législatif de prise des décisions qui concernent ses

¹⁴¹ Th. Bourgoignie, *op. cit.* p. 133.

¹⁴² La Communauté européenne établit l'éducation comme un des objectifs de sa politique de protection et d'information des consommateurs (dans son Programme Préliminaire, du 14 avril 1975), prévoyant même des enseignements aux niveaux scolaire et universitaire. Le code brésilien érige l'éducation des consommateurs et des professionnels, dans leurs rapports de consommation, comme un de ses principes (article 4^e, alinéa IV) et comme un droit des consommateurs (article 6^e, alinéa II). Un des rédacteurs de l'avant-projet du Code affirme que la nouvelle norme est censée venir changer la mentalité des sujets des relations de consommation, en empêchant la prise d'avantages indus au détriment des droits d'autrui (ce qui caractérise la populaire « lei do Gerson »). Cf N. Nery, *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rev. de Direito do Consumidor, n. 3, sep.-déc. 1992, p. 47.

intérêts. Des consommateurs avisés apprennent, finalement, à déjouer les pièges et les contraintes inhérents à l'économie de marché, contribuant à diminuer les antagonismes et les différences sociales qu'entraîne la norme sociale de la consommation.

Le droit de la consommation prévoit alors l'obligation des professionnels de fournir aux consommateurs une information positive et complète sur les biens et les services offerts, tant avant le contrat que pendant la relation contractuelle, voire après l'exécution des obligations. Elle doit porter sur l'ensemble des circonstances qui entourent le rapport de consommation, notamment l'identification du fournisseur, l'origine des biens, le prix global de l'échange, la quantité et la qualité des produits et des services, leurs modes d'utilisation et d'installation. Des informations négatives doivent aussi être fournies, comme les dangers liés à l'usage des produits, les risques inhérents à la transaction et les droits dont peut se prévaloir le consommateur en cas de litige¹⁴³.

Des systèmes collectifs d'information sont aussi organisés dans le but d'offrir des informations objectives sur les produits. Ces systèmes sont censés être neutres et indépendants, fournissant aux consommateurs les résultats de tests comparatifs réalisés, qui portent sur la qualité, la durabilité et la sécurité des biens et des services¹⁴⁴.

La publicité configure aussi un aspect important de l'information. À travers sa manipulation, elle affecte tant le comportement des consommateurs que celui des concurrents dans le marché. Ainsi, des normes protectrices interdisent la publicité trompeuse ou abusive, et déterminent que les informations fournies dans le cadre de la publicité soient vraies et objectives¹⁴⁵, sous peine de sanctions civiles et pénales. La création d'organismes

¹⁴³ Dans la Comm. Européenne, plusieurs directives déterminent l'obligation à la charge des professionnels de fournir une information complète sur les biens et les services offerts aux consommateurs, notamment la directive 98/6/CE sur l'indication des prix des produits, la directive 2001/95/CE sur la sécurité générale des produits, la directive 97/7/CE concernant les contrats à distance, la directive 87/102/CEE en matière de crédit à la consommation, ou la directive 90/314/CEE sur les voyages à forfait etc. En France, plusieurs dispositions légales régissent l'information des consommateurs, mais une obligation générale de renseignements figure dans le Code de la consommation, dans les articles L. 111-1 à L. 115-33. Les modes d'information et les transgressions à ces règles sont prévus dans la partie réglementaire du Code, dans les articles R. 112-1 à R. 142-2. Les associations de consommateurs et l'Institut National de la Consommation y exercent aussi un rôle important. En Suisse, les principales normes à ce sujet sont la loi fédérale sur l'information des consommateurs (LIC), l'ordonnance sur l'indication des prix (OIP), la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAI), la loi fédérale sur le crédit à la consommation (LIC), la loi fédérale sur les voyages à forfait, et les règles du Code civil sur la bonne foi, d'où se dégage une obligation précontractuelle d'information. L'avant-projet de loi sur l'information et la protection des consommateurs (LIPC) contient d'importantes dispositions sur l'obligation générale de renseignements et sur la sécurité des consommateurs. Il entend systématiser les diverses dispositions légales concernant cette information, en déterminant les tâches de la Confédération, du Bureau fédéral de la consommation et des associations de consommateurs dans la réalisation de ces objectifs. Au Brésil, le Code prévoit le droit des consommateurs à l'information complète sur les biens et les services, ainsi que sur les risques qu'ils peuvent présenter, dans l'article 6^e, alinéa III. Le décret n° 2.131 du 20.3.1997 fixe les modes de l'information et les sanctions de la transgression de ces prescriptions. Il appartient au Département de protection et défense des consommateurs – DPDC de promouvoir des mécanismes d'information au niveau fédéral, et aux Procons au niveau régional, ainsi qu'aux associations de consommateurs.

¹⁴⁴ En France, ce sont les associations de consommateurs, l'INC et le Laboratoire national d'essais – LNE, chargés de réaliser et de divulguer les résultats d'essais comparatifs. En Suisse, cette tâche incombe aux associations de consommateurs, assistées par le Bureau fédéral de la consommation ; au niveau cantonal, des associations de chimistes peuvent aussi assumer l'initiative. Au Brésil, les associations de consommateurs réalisent ces essais, mais il nous semble être l'« Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial » - Inmetro l'organisme de coordination le plus important dans la vérification du niveau de qualité des biens et des services, et dans l'assistance à la divulgation de ces résultats.

¹⁴⁵ Au sein de la CE, ce sont les directives 84/450/CE en matière de publicité trompeuse et 97/55/CE sur la publicité comparative qui régissent le domaine. En France, les articles L. 121-1 à L. 121-15 du Code de la consommation règlent la matière, et les sanctions pénales sont prévues dans les articles L. 213-1 à L. 213-6 du même Code. Par ailleurs, en France le délit de publicité

d'autorégulation publicitaire est aussi envisagée¹⁴⁶, en complément des dispositions légales.

La publicité sur des produits dangereux tels que le tabac et l'alcool est soumise à des règles beaucoup plus strictes, les producteurs devant avertir les consommateurs sur les risques de dommages causés à la santé¹⁴⁷.

Finalement, le processus global d'information des consommateurs doit tenir compte de l'hétérogénéité du groupe-consommateurs. Les renseignements doivent ainsi être fournis de façon claire et simple, permettant leur compréhension même par des consommateurs intellectuellement plus modestes.

b) La protection de la santé et de la sécurité des consommateurs

Quoique importante, l'information ne suffit pas, à elle seule, à garantir la satisfaction des intérêts des consommateurs¹⁴⁸. L'accroissement de la technologie et la mise en circulation de biens et de services dangereux appellent à l'établissement de mesures coercitives, dans le but de protéger la santé et la sécurité des consommateurs, considérés dans une dimension collective, qui dépasse la perception restreinte des rapports purement individuels.

Ces mesures concernent, d'une part, la prévention des risques que peuvent présenter les biens dangereux ; d'autre part, la réparation intégrale des dommages éventuellement causés aux consommateurs.

À propos de l'approche préventive, les systèmes normatifs plus modernes prévoient une obligation générale de sécurité, selon laquelle les professionnels ne doivent mettre sur le marché que de biens et services sûrs. La dimension de cette sûreté doit, en effet, se fonder non plus sur la destination habituelle donnée aux biens et aux services, mais sur la sécurité dont on peut légitimement s'attendre, dans des conditions raisonnablement prévisibles

trompeuse peut être commis même par négligence, et même un particulier faisant des petites annonces pourrait tomber sous le coup des sanctions pénales, d'après l'interprétation des normes visées par la Cour de Cassation (non cependant sans contestations par une partie de la doctrine, qui voit dans cette orientation une redoutable invasion de la responsabilité pénale sur le champ de la responsabilité purement civile). En Suisse la publicité trompeuse est sanctionnée à titre civil, dans le cadre des dispositions de la Loi fédérale sur la concurrence déloyale ; les sanctions pénales font l'objet de rares exceptions, à propos de délits intentionnels, dont la poursuite appartient à l'initiative des parties lésées. Ce sont les articles 3 et 23 de la LCD qui régissent la publicité trompeuse et comparative. Au Brésil, l'article 37 du Code de protection interdit toute publicité trompeuse ou abusive ; l'article 56 prévoit les sanctions administratives et les articles 67 et 68 prévoient les sanctions pénales. La publicité comparative est permise par l'article 32 du Code d'autorégulation publicitaire édicté par le Conseil national d'auto-régulation publicitaire - Conar, tant qu'elle est en conformité avec les dispositions du Code de propriété industrielle, loi 9.279 du 14.5.1996.

¹⁴⁶ Sur le plan international, il s'agit de la Chambre de commerce internationale, En France, c'est le Bureau de vérification de la publicité (BVP), en Suisse c'est l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radio-télévision (AIEP) ; au Brésil, c'est le Conseil National d'Autorégulation Publicitaire (Conar).

¹⁴⁷ Dans la CE, la directive 2003/33/CE établit des règles sur la publicité pour le tabac, et la directive 89/552/CE dispose sur la publicité télévisuelle pour les boissons alcooliques. En France, ce sont les articles L. 3323-2 et suivants du Code de la santé publique qui régissent la publicité sur l'alcool (elle est interdite à la télévision), et les articles 3511-4 et suivants du même code pour le tabac (les restrictions sont encore plus larges que pour l'alcool). En Suisse, la loi fédérale sur la radio et la télévision (LRTV, article 18, al. 5^e) et l'ordonnance sur la radio et la télévision (ORTV, art. 15, al. 1^e, let. b) interdisent la publicité pour le tabac et pour l'alcool dans ces supports ; l'ordonnance sur le tabac (Otab, art. 15) et l'ordonnance sur les denrées alimentaires (ODAI, art. 37) interdisent la publicité pour ces produits destinées aux jeunes de moins de 18 ans et imposent d'autres restrictions. On peut encore remarquer une loi promulguée dans le canton de Genève qui interdit toute publicité sur le domaine privé et public pour le tabac et pour l'alcool distillé de plus de 15%. Au Brésil, les lois fédérales 9.294 du 15.07.1996 et 10.167 du 27.12.2003 limitent la publicité pour le tabac et pour l'alcool. Le projet de loi 7505/2002 proposé au Parlement par le Ministère de la santé prévoit aussi l'interdiction de toute machine automatisée fournissant des produits du tabac.

¹⁴⁸ M. Trebilcock affirme, à ce sujet, que même avec « la meilleure des intentions du monde », le modèle idéal de compétition du marché, basé sur des relations de consommation où les parties disposent et fournissent volontairement des informations complètes et bilatérales, ne semble pas suffire à une protection efficace des consommateurs. *Apud* Th. Bougoignie, *op. cit.* p. 137.

d'utilisation. L'évaluation de la sécurité attendue doit, ainsi, prendre en compte tous les aspects pertinents, notamment les catégories de consommateurs visés et leur vulnérabilité particulière vis-à-vis des risques encourus, comme les enfants et les personnes âgées¹⁴⁹. Les produits dangereux tels que le tabac et l'alcool, quoiqu'ils ne soient pas interdits, sont soumis à des règles strictes de commercialisation et de publicité.

Au-delà des mesures dont l'initiative appartient aux professionnels, des systèmes organisés de normalisation et de fiscalisation de leur activité sont créés, en vue d'assurer un niveau de sécurité élevé des biens mis en circulation. Les organismes chargés de cette tâche doivent veiller à ce que les biens correspondent, le cas échéant, aux spécifications techniques prescrites par les autorités publiques ; ils peuvent aussi empêcher la mise sur le marché de biens dangereux, voire ordonner le rappel ou le retrait des biens déjà mis en circulation.

En ce qui concerne la réparation des dommages, l'adoption de systèmes de responsabilité objective, au lieu de la traditionnelle responsabilité pour faute, représente des mécanismes très efficaces du droit de la consommation. La réparation des dommages causés du fait des défauts et des vices des produits et des services dépasse la traditionnelle dichotomie entre la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, afin protéger efficacement toutes les personnes exposées aux accidents de consommation, y compris les « by standers ». L'adoption de la théorie de la *restitutio in integrum* garantit aussi une indemnisation intégrale des victimes, pour dommages matériels et immatériels subis.¹⁵⁰

La protection de la sécurité des consommateurs comprend aussi une obligation de suivi, sur les biens et les services mis en circulation. Cette obligation entend assurer les consommateurs contre les défauts des biens apparus un certain temps après leur usage ou

¹⁴⁹ La directive 2001/95/CE de la Communauté européenne prévoit l'obligation générale de sécurité des produits. En regard de la sécurité des services, la Résolution 2003/C 299/01 du Conseil de l'Europe invite la Commission européenne et les États membres à s'engager dans les travaux de préparation d'une future proposition communautaire sur la sécurité des services offerts aux consommateurs. En France, les articles L. 221-1 à L. 225-1 régissent la matière. En Suisse il n'y a pas de loi générale déterminant une obligation de sécurité, sinon que des lois sectorielles, telles la loi fédérale sur la sécurité d'installations et d'appareils techniques (LSIT), la loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAI), l'ordonnance sur les objets usuels (OU), ou l'ordonnance sur la sécurité des jouets (OSJo). L'avant-projet de loi sur l'information et la protection des consommateurs (LIPC) prévoit une obligation générale de sécurité des biens et des services, restreinte, toutefois, aux cas où il n'y a pas encore de loi sectorielle régissant le domaine considéré, c'est-à-dire une obligation générale subsidiaire. Au Brésil, les articles 8 à 11 du Code de protection imposent cette obligation générale de sécurité aux professionnels, de même que l'obligation de suivi des produits et des services mis en circulation.

¹⁵⁰ La directive 85/374/CE prévoit un système de responsabilité extracontractuelle objective des producteurs du fait des produits ; les services sont exclus du cadre de la directive. En France, pour se faire indemniser en raison de dommages subis dans le cadre d'une relation contractuelle, les consommateurs peuvent compter sur l'action pour inexécution contractuelle (articles 1184 et 1243 pour tous les contrats, et article 1604 pour la vente) ; sur l'action pour responsabilité contre les vices cachés (article L. 211-1 du Code de la consommation, remettant aux articles 1641 à 1648 du Code civil), qui peut d'ailleurs être proposée directement contre tous les professionnels de la chaîne de production/distribution. Dans le domaine extracontractuel, ils peuvent compter sur l'action pour responsabilité du fait des produits défectueux (articles 1386-1 et suivants du Code civil, les distributeurs étant assimilés aux producteurs, selon l'article 1386-7). En Suisse, dans le domaine contractuel il y a la responsabilité pour faute présumée du seul vendeur (articles 197 et 208 du Code des obligations), mais celui-ci peut s'en exonérer par une clause contractuelle ; dans le domaine extracontractuel, il y a responsabilité pour faute (achillienne, article 41 C.O.) ; la responsabilité causale simple de l'employeur du fait de son auxiliaire, avec présomption de faute (article 55 du C.O.) ; et la responsabilité objective « pour risque créé » du producteur, prévue dans la loi fédérale sur la responsabilité du fait des produits (LRFP). Au Brésil, la distinction entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle est mitigée, car l'article 17 du Code de protection accorde les mêmes droits à toute victime des accidents de consommation ; les articles 12 à 17 prévoient la responsabilité objective du fournisseur, et l'article 25, paragraphe unique, prévoit la solidarité entre les maillons de la chaîne de commercialisation responsables de l'accident.

leur consommation. Les professionnels sont, en même temps, obligés à se tenir au courant des progrès de la science, dans le but d'assurer la prévention et la réparation des dommages.

c) La protection des intérêts économiques des consommateurs

Dans la logique du droit de la consommation, les intérêts économiques des consommateurs méritent aussi une protection spéciale. En poursuivant l'objectif d'équilibrer la situation des partenaires économiques, il tend à harmoniser les relations de consommation. Les impacts de cette harmonisation se répercutent sur l'ensemble de la collectivité, d'où résulte une répartition plus juste des risques liés aux transactions de consommation, ainsi qu'une répartition plus égalitaire des richesses au sein de la société.

Désormais, les rapports de consommation doivent se dérouler à la lumière des principes de la bonne foi objective, d'équité, d'équilibre et de proportionnalité entre les obligations des parties. La protection de la volonté réelle des consommateurs s'accroît, avec la mitigation de principes du droit commun, tel le *pacta sunt servanda*, et la substitution de nouveaux instruments comme la proportionnalité objective des obligations ou la clause *rebus sic stantibus*¹⁵¹ aux instituts traditionnels, comme la lésion ou l'imprévision, respectivement.

Les ententes précontractuelles, les pourparlers prennent autant d'importance que le moment de la conclusion du contrat, dans le but d'assurer les attentes légitimes des consommateurs. Des délais de réflexion sont accordés aux consommateurs, dans les contrats de crédit, ainsi que dans les ventes à distance. Dans les domaines du commerce électronique et du démarchage à domicile, des délais de rétractation sont prévus, permettant au consommateur de révoquer le consentement donné « à chaud », ou « à la légère ».

Les limites existant entre la publicité et les offres contractuelles sont aussi mitigées, les professionnels sont engagés à exécuter les conditions et les bénéfices vantés dans la publicité¹⁵².

Dans le domaine contractuel, des mécanismes de révision des contrats permettent l'élimination des clauses abusives¹⁵³. Ces mécanismes permettent par ailleurs une espèce de contrôle abstrait, avec l'élimination en échelle collective des clauses abusives insérées dans les contrats d'adhésion et dans les conditions générales, effectué soit par les autorités publiques, soit par les organismes juridictionnels¹⁵⁴.

¹⁵¹ Au Brésil, l'article 6, alinéa V, du Code de protection proclame le droit à la révision du contrat en raison de circonstances survenantes par rapport au moment de sa conclusion.

¹⁵² L'article 2, alinéa 2, lettre d de la Directive 1999/45/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation prévoit l'engagement du vendeur par ses déclarations publicitaires, de même que l'article 3, alinéa 2, final, de la Directive 90/314/CE sur les voyages à forfait. En France, la même règle est prévue dans l'article 16 de la loi 92-645 du 13.7.1992 sur les conditions de l'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente des voyages ou de séjours ; la jurisprudence exerce, dans le domaine de la publicité, un rôle important sur le « forçage » du contrat. En Suisse, la loi fédérale sur les voyages à forfait (LVF) contient une prévision similaire à celle de la directive européenne. Au Brésil, l'article 30 du Code prévoit expressément l'engagement des annonceurs, du fait de leurs publicités.

¹⁵³ La directive 93/13/CE de la Comm. européenne considère abusives les clauses qui créent au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat (art. 3, al. 1^{er}). En France, ces règles font l'objet des articles L. 132-1 à L. 135-1 du Code consom. En Suisse, il n'existe pas de prévision légale sur les clauses abusives, ni de norme permettant leur révision. Il y a cependant un contrôle juridictionnel exercé à propos de l'incorporation des conditions générales des contrats dans l'instrument contractuel, par la vérification des conditions où la partie adhérente a donné son consentement. Au Brésil, le Code prévoit la protection contre les clauses abusives (articles 6, alinéa IV et 51 à 53).

¹⁵⁴ En France, ce contrôle abstrait est fait soit par des décrets en Conseil d'État (article L. 132-1, alinéa 2 du Code de la consommation) après avis de la commission des clauses abusives, soit ou par les juges, sous l'initiative des associations de consommateurs. Au Brésil, les associations de consommateurs et, surtout, le Ministère Public sont légitimés à intenter des actions collectives, visant à la suppression de clauses abusives figurant dans les contrats (articles 51, § 4 et 82).

Les clauses considérées abusives sont nulles et tenues pour non écrites, et leur caractère abusif peut être apprécié par le juge *ex officio*, car il s'agit de règles impératives d'ordre public. Ce système de contrôle de l'équilibre contractuel est orienté, d'ailleurs, par le principe de la conservation des contrats. Cela veut dire qu'à la solution traditionnelle du droit commun des nullités – soit la résolution du contrat et le retour des parties à l'état initial – sont ajoutées des alternatives, visant à la conservation de la relation, à dépendre de la volonté du consommateur.

Ensuite, dans les contrats de crédit, des normes imposent la présentation d'une l'information complète sur la transaction, le prix global, la possibilité de remboursement anticipé sans frais, l'interdépendance entre les contrats de crédit affecté et ceux qu'ils visent à financer. Est aussi prévue la mise en place de systèmes spéciaux de traitement du surendettement, dont la solution peut aller jusqu'à l'effacement total des dettes, sous certaines conditions¹⁵⁵.

La qualité et la durabilité des biens et des services constituent un autre aspect de la protection des intérêts économiques des consommateurs. À la place de la théorie traditionnelle sur les vices rédhibitoires, la théorie des « vices de qualité et de quantité » assure les consommateurs contre les défauts – même les petits et les apparents – que peuvent présenter les biens et les services¹⁵⁶. Des normes plus protectrices prévoient encore la solidarité entre tous les fournisseurs de la chaîne de production/distribution¹⁵⁷.

d) L'organisation et la représentation politique des intérêts des consommateurs

L'incitation à la formation d'un mouvement organisé de consommateurs répond aux objectifs de la politique des relations de consommation, ou d'une politique de promotion des intérêts des consommateurs. Aussi, leur représentation auprès des instances officielles de décisions économiques et politiques est fondamentale à l'établissement et au maintien de l'équilibre entre les agents économiques au sein du marché.

¹⁵⁵ Le traitement du surendettement des consommateurs est prévu dans les articles L. 330-1 à L. 333-8 du Code de la consommation français. En Suisse le traitement du surendettement est prévu dans la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP, articles 191 et 333 à 336). Au Brésil, c'est le Code de procédure civile qui règle les cas d'insolvabilité du débiteur (CPC, articles 748 à 790), mais il n'y a pas de prévision spéciale de protection.

¹⁵⁶ Au sein de la Communauté européenne, c'est la directive 1999/45/CE qui prévoit la garantie des biens de consommation, mais elle ne couvre pas les vices apparents. En France les articles L. 211-1 et suivants du code de la consommation prévoient la garantie contre les défauts de conformité, mais en sont exclus les vices apparents. La voie reste, cependant, ouverte au consommateur qui désire se faire appliquer les dispositifs du Code civil sur la garantie contre les vices cachés (arts. 1648-1649). En Suisse, l'article 197 du code des obligations qui établit une garantie générale d'accomplissement de la « qualité promise » par le vendeur, en faveur des acheteurs. Il s'agit, toutefois, d'une norme dispositiue, qui peut être dérogée contractuellement. Au Brésil, les articles 18 à 25 du Code du consommateur prévoient la garantie contre les vices de qualité et de quantité des produits et des services, qu'ils soient apparents ou occultes.

¹⁵⁷ En France, l'« action directe » pour responsabilité contre les vices cachés peut être exercée contre n'importe quel fournisseur de la chaîne de production/distribution. En Suisse, l'absence de prévision légale de solidarité aboutit à ce que seul le vendeur est tenu d'accomplir la « qualité promise » des biens et services fournis, dans les limites évidemment des clauses contractuelles par lesquelles il entend s'obliger. Toutefois, l'avant-projet de loi fédérale sur le commerce électronique, malgré son nouvel intitulé « Révisions partielles du droit des obligations et de la loi fédérale contre la concurrence déloyale – Amélioration de la protection des consommateurs », prévoit l'inclusion dans le code des obligations d'un troisième alinéa à l'article 197, qui oblige le vendeur à répondre également des qualités promises par le producteur, dans des déclarations livrées au public, notamment dans la publicité ou l'étiquetage. Au Brésil la prévision de solidarité entre tous les fournisseurs est prévue dans les articles 18, 19, 20 et 25 du Code du consommateur.

Dans cet esprit, l'intervention de l'État dans l'économie est un principe d'importance reconnue, en vue de garantir l'harmonisation des intérêts dans les rapports de consommation. Les normes de protection prévoient la création d'organismes subordonnés au Pouvoir Exécutif, chargés de réprimer les pratiques déloyales constatées au sein du marché concurrentiel, en même temps que de veiller à la défense des intérêts des consommateurs¹⁵⁸.

On compte parmi les mesures nécessaires à la réalisation de ces objectifs : l'aide à la constitution de groupements représentatifs des intérêts des consommateurs ; la création d'organismes privés et publics chargés à la fois de recueillir leurs plaintes, d'entamer des procédures informelles de conciliation avec les professionnels et, ultérieurement, de donner suite à leurs demandes auprès des instances juridictionnelles ; la création d'organismes offrant un système accessible et même gratuit de consultation juridique, ainsi que de représentation auprès des instances judiciaires est aussi envisagé¹⁵⁹.

Finalement, aussi importantes que les mesures de protection, sont celles destinées à accroître la conscience des consommateurs quant à la dimension juridique du contexte socio-économique où ils agissent, en même temps qu'à leur faire comprendre la dimension collective des problèmes liés à la consommation. Seuls des consommateurs informés et organisés deviennent capables de faire face aux contraintes imposées par les professionnels.

Ainsi, on peut relever l'important rôle des organisations de consommateurs, orientées vers leur éducation et information, la mobilisation de l'opinion publique, l'accomplissement d'actions collectives efficaces, telles l'exercice du *lobbying*, le recours à des actions de boycott, de grèves, l'organisation collective d'achats, ou le recours au mode coopératif.

e) L'accès des consommateurs à la justice

La facilitation de l'accès des consommateurs à la justice rejoint un mouvement social plus large, orienté vers la réforme du système juridique, en vue de garantir un accès égalitaire de tous les citoyens aux moyens de solution des litiges dans la société.

L'accès à la justice, dans le champ de la consommation, comprend des mesures telles que la mise en place de systèmes de renseignements et de consultation, afin de permettre aux consommateurs de mieux connaître leurs droits et les moyens de les faire valoir ; l'aménagement des procédures judiciaires, en vue de rendre l'aide juridique effectivement

¹⁵⁸ Au niveau européen, c'est la direction générale « Santé et protection des consommateurs » – SANCO la responsable de formuler la politique communautaire de la consommation. En France, le Conseil national de la consommation – CNC et l'Institut national de la Consommation – INC sont des organismes publics qui participent à la promotion de la politique nationale de la consommation, à côté des associations de consommateurs. En Suisse, ce rôle est exercé par le Bureau fédéral de la consommation, à l'aide des associations de consommateurs. Au Brésil, c'est le Département de Protection et Défense des Consommateurs – DPDC subordonné au Ministère de la Justice l'organisme étatique qui exerce ce rôle.

¹⁵⁹ La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes – DGCCRF est l'organisme français responsable de garantir la défense de l'ordre économique contre les atteintes à la concurrence et à la consommation. Les associations des consommateurs se prennent la tâche de représenter les intérêts collectifs et individuels des consommateurs, vis-à-vis des professionnels et de diverses instances de décisions politiques. En Suisse, ce rôle est exercé en même temps par les associations de consommateurs et par le Bureau fédéral de la consommation. Au Brésil, il y a des départements de police spéciaux, chargés de la prévention et du combat aux fraudes sur le marché. Les Procon's sont des organismes publics qui recueillent les plaintes et, à côté des associations de consommateurs, veillent à la défense directe des intérêts des consommateurs vis-à-vis des professionnels. Les agences publiques de contrôle dans les domaines de la santé (Anvisa), des télécommunications (Anatel) ou de l'énergie (Aneel) exercent un rôle régulateur favorisant les consommateurs. Le Ministère Public joue, lui aussi un rôle fondamental dans la défense des intérêts collectifs des consommateurs, comptant sur un fort pouvoir de négociation et sur la possibilité d'intenter des actions civiles et pénales en vue de leur protection collective.

accessible aux consommateurs ; la création d'organismes de représentation judiciaire fournissant un service d'assistance gratuite ; l'élimination des frais de justice pour les causes de moindre valeur ; l'adoption de mécanismes d'inversion du fardeau de la preuve lors de la constatation d'un déséquilibre matériel entre les parties¹⁶⁰. Ce sont des mesures qui répondent à un principe d'équité, surtout dans les contextes socio-économiques où les consommateurs sont plus défavorisés¹⁶¹.

« Les instruments de la politique d'accès à la justice ainsi conçue vont relever d'une vaste entreprise impliquant, en plus de seuls aménagements de procédure, un réexamen de l'organisation judiciaire elle-même, une réévaluation du mode de distribution du service juridique, une révision des règles de droit matériel dans le sens d'une plus grande prévention des litiges et d'une protection accrue du citoyen contre toute atteinte à son droit d'accéder à la justice, le recours à des modes informels de résolution des litiges situés en dehors du système judiciaire traditionnel, l'adaptation du système de droit à certains conflits ou à certaines catégories de requérants, la prise en compte, dans les mécanismes de protection, de défense et de représentation suggérés, des répercussions tant individuelles que collectives des conflits socio-économiques. »¹⁶²

¹⁶⁰ Les systèmes communautaire, français et suisse ne possèdent que des dispositions légales, de présomption de la faute de la part des professionnels. Ainsi, le consommateur est, en principe, libéré d'apporter la preuve de l'antériorité du défaut ou du vice des produits (normes sur la responsabilité du fait des produits et sur les garanties contre les vices cachés). La jurisprudence exerce aussi un rôle important dans la considération de cette présomption en faveur des consommateurs. Au Brésil, le Code de protection prévoit dans son article 6, alinéa VIII, l'inversion du fardeau de la preuve en faveur du consommateur, lorsque le juge constate un déséquilibre (économique ou technique) entre les parties, ou lorsque ses allégations lui paraissent vraisemblables, selon les règles de l'expérience.

¹⁶¹ Au niveau européen une recommandation de la Commission, du 30.3.1998 (98/257/CE) a posé les « principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation », et une résolution du Conseil du 25.5.2000 a posé les jalons pour un « réseau au niveau communautaire d'organes nationaux chargés du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation » (JOC 155, 6.6.2000, p. 1). En France, les consommateurs comptent sur des systèmes extrajudiciaires et judiciaires de solution des litiges : d'abord, il peuvent recourir aux procédures de conciliation ou d'arbitrage, qui peuvent être exercées par des organismes publics, privés ou par les associations de consommateurs ; il y a aussi des procédures judiciaires simplifiées, telles la déclaration au greffe (valeur de la cause jusqu'à 3800 euros), ou l'injonction de faire (jusqu'à 7600 euros) devant les tribunaux d'instance, et encore les juridictions de proximité (jusqu'à 1500 euros) ; pour les procédures où les consommateurs à faibles revenus nécessitent de l'assistance d'un avocat, il y a une prévision d'aide juridictionnelle gratuite. En Suisse, les consommateurs sont normalement encouragés à entreprendre une conciliation lors d'un conflit avec les professionnels, en raison des frais de justice élevés. Ils peuvent faire recours à l'aide des associations de consommateurs, qui s'en chargent de les informer sur les moyens d'obtenir une conciliation. L'article 1^{er} de l'ordonnance fixant la valeur litigieuse déterminante dans les procédures en matière de protection des consommateurs et de concurrence déloyale, du 7.3.2003, prévoit l'établissement, par les cantons, d'une procédure de conciliation ou d'une procédure judiciaire simple et rapide s'appliquant, jusqu'à concurrence d'une valeur litigieuse de 20.000 francs suisses, aux différends qui découlent des contrats conclus entre consommateurs et fournisseurs. Des lois sectorielles contiennent aussi des dispositions propres à la résolution extrajudiciaire des litiges dans les domaines respectifs. Visant exactement à « mettre en réseau » les divers systèmes existants, l'avant-projet de loi sur l'information et la protection des consommateurs (LIPC) prévoit un mécanisme de résolution extrajudiciaire propre aux litiges de consommation, en développant des procédures dirigées par des *ombudsmans*, des procédures de médiation et d'arbitrage privé. Au Brésil, les Procon's conseillent les consommateurs sur les modes de résolution extrajudiciaire des litiges, par conciliation ou par arbitrage. Les « tribunaux spéciaux civiles », institués par la loi 9.099 du 26.9.1995, entretiennent un service d'accueil, de conciliation des conflits et de formulation des demandes des consommateurs, dont la valeur ne dépasse pas 40 salaires minima (approx. 6000 euros). Pour les causes dont la valeur n'excède pas 20 salaires minima, les consommateurs n'ont pas besoin de se faire représenter par un avocat. Ils sont libérés des frais de justice. Les centres d'assistance judiciaire publique offrent aussi des services gratuits aux consommateurs dépourvus, qui ont besoin de se faire représenter par un avocat. Malheureusement, toutefois, le manque de ressources humaines et financières destinées à ces services rend leur efficacité bien en deçà du but poursuivi.

¹⁶² G. Delvax, *op. cit.* p. 35-36.

Un aspect fondamental de l'entreprise visant à la protection des consommateurs par la facilitation de leur accès à la justice consiste à la formulation et l'instrumentalisation de leurs demandes collectives. L'institutionnalisation de nouvelles catégories de droits collectifs doit assurer la protection de larges groupes de consommateurs, voire de toute la collectivité. L'adoption du modèle des actions collectives (les « class actions »), pouvant être intentées par les associations de consommateurs ou par le Ministère Public, lui-même, réalise avec efficacité ces objectifs¹⁶³.

En conclusion, une nouvelle approche de l'accès au droit et de l'accès à la justice, qui permette aux citoyens la véritable expression de leurs besoins et de leurs demandes, exige le réaménagement du système traditionnel de résolution des litiges, où seuls les rapports juridiques individuels sont considérés.

La collectivisation des droits, l'ouverture des canaux collectifs de négociation et de solution de litiges, en même temps que l'amélioration du système d'absorption des conflits individuels constituent autant de mesures qui se montrent plus adaptées à la réalisation de l'objectif ultime d'une politique de promotion des intérêts des consommateurs dans la société moderne: celui d'harmoniser les intérêts en conflit dans les rapports de consommation par le rétablissement de l'équilibre entre consommateurs et professionnels.

Conclusion

La réponse à la question qui nous a incité à la recherche scientifique se trouve décrite tout le long de cette étude. Le consommateur laissé à son propre sort, devant se défendre tout seul contre les atteintes portées à son intégrité et à ses intérêts dans le libre jeu du marché, serait fatalement écrasé par les plus puissants. On a pu voir ainsi les différentes raisons qui entraînent le besoin de protéger juridiquement les consommateurs.

La constatation de l'inadaptation du droit commun traditionnel, dans le but de leur fournir une protection efficace, nous a aussi permis de conclure au besoin de les protéger avec des normes spéciales, qui tiennent compte des intérêts particuliers des consommateurs et de la situation de vulnérabilité dans laquelle ils se trouvent vis-à-vis des professionnels, dans la société de consommation.

Le droit de la consommation consiste dans un système efficace de protection juridique, dont l'excellence mérite d'être vantée, sans oublier que son émergence n'est pas un acquis naturel, mais le fruit des luttes et des efforts des mouvements consommateurs. Certes, cette branche du droit n'apporte pas de solution à toutes les contraintes que subissent

¹⁶³ En France, le code de la consommation accorde aux associations de consommateurs le pouvoir d'agir en défense des droits collectifs et individuels des consommateurs, visant soit à la cessation des agissements illicites, soit à la prévention contre les clauses abusives insérées dans les contrats d'adhésion, soit à la réparation des dommages subis par les consommateurs (articles L. 421-1 à L. 422-3 du Code). En Suisse, l'article 10, alinéa 2, lettre b, de la loi sur la concurrence déloyale (LCD) prévoit le droit des associations de consommateurs d'agir en défense de leurs intérêts collectifs, contre des agissements déloyaux, au sens de la loi. Au Brésil, en outre des associations de consommateurs, c'est indiscutablement le Ministère Public qui joue le rôle le plus important dans la défense des droits diffus, collectifs et « individuels homogènes » des consommateurs (articles 81 et 82 du Code). Pendant les quinze ans d'existence du Code de protection, d'innombrables épisodes ont révélé l'importance du Parquet dans la défense des intérêts collectifs des consommateurs brésiliens, surtout lorsqu'on reconnaît le faible pouvoir de négociation de la plupart des associations de consommateurs.

individuellement les consommateurs au sein de la société. Mais son importance devient d'autant plus accrue qu'on se rend compte des effets préjudiciels, reportés sur toute la collectivité, des rapports de consommation.

Le choix d'entreprendre une analyse comparative entre les systèmes socio-économiques et juridiques européen et brésilien nous semble avoir été convenable et assez révélateur. Car l'analyse nous permet non seulement la comparaison entre les différentes techniques juridiques employées dans la protection des consommateurs, mais aussi de connaître leur fonctionnement dans différents environnements socio-économiques et culturels.

Le droit brésilien de la consommation étant le plus « jeune » parmi les systèmes étudiés, l'analyse comparative avec les systèmes européens permet au juriste, à la fois, de comprendre la genèse de cette nouvelle branche du droit, et de se servir des modèles et des techniques les plus modernes, employés dans la protection des consommateurs. L'entreprise devient d'autant plus profitable qu'elle permet aux juristes de participer à la construction progressive de l'interprétation du droit de la consommation, dans son application pratique.

C'est ainsi que cette étude nous semble porter une ampleur plus étendue que la seule analyse descriptive des instruments actuels de protection spéciale. Elle constitue alors le point de départ d'une réflexion sur la portée du droit. Sur son aptitude à correspondre aux attentes de la société, en vue de promouvoir un système plus juste et social d'organisation civile, devant faire face aux différences culturelles de chaque société ainsi qu'aux contraintes qui affectent tous les pays dans un monde globalisé.

Les nouveaux besoins, les nouvelles demandes et la multiplication des problèmes dans la société de consommation, conduisent à l'inévitable nécessité de promouvoir la collectivisation des droits, seul moyen apte à atteindre le bien-être de tous. Le droit de la consommation se trouve ainsi à l'origine de la défense collective des consommateurs, surtout de leurs intérêts diffus et indivisibles.

À cet égard, quelques observations nous semblent importantes à titre d'analyse comparative, à propos de la légitimité conférée par le législateur brésilien au Ministère Public en vue de promouvoir la défense des intérêts collectifs des consommateurs.

La Constitution fédérale du Brésil détermine, dans son article 127, qu'il incombe au Ministère Public, en tant qu'organisme indépendant et essentiel à la fonction juridictionnelle de l'État, la défense de l'ordre juridique, du régime démocratique et des « intérêts sociaux et individuels indisponibles ». L'article 129 de la Constitution attribue aussi au *Parquet* l'initiative de la proposition en justice de l'« action civile publique » – ACP, dans le but de promouvoir la protection de l'environnement et des intérêts « diffus et collectifs ».

Le Code brésilien de défense des consommateurs proclame (article 81 et suivants) que la défense collective des intérêts et des droits des consommateurs, ainsi que des victimes d'accidents de consommation, sera exercée lorsqu'il s'agit de « droits diffus », de « droits collectifs » et même de « droits individuels homogènes ». Parmi les agents légitimés se trouve le Ministère Public, à côté des associations de consommateurs.

D'autres instruments efficaces sont mis à leur disposition, telles les mesures en référé, l'exonération de ces agents du paiement des frais de justice ou des honoraires d'avocat, en cas d'échec.

Tout le long de l'existence du Code de défense des consommateurs, le pouvoir (ou le devoir) conféré au Ministère Public pour agir en défense des intérêts collectifs des consommateurs s'est révélé comme un instrument indiscutablement opportun et efficace, notamment en considération du faible pouvoir de négociation de la plupart des associations de consommateurs.

Ainsi, plusieurs clauses abusives ont été supprimées des contrats d'adhésion ; des hausses excessives des tarifs des services publics essentiels ont été réprimées dans le cadre de négociations ou de mesures juridictionnelles ; des mesures de rappel ou de retrait de produits dangereux ou défectueux mis en circulation ont été imposées ; les victimes d'accidents de consommation, ainsi que les victimes de pratiques déloyales des professionnels dans divers domaines, notamment dans celui du crédit immobilier, ont pu se faire indemniser. Toutes ces mesures ont été entreprises sous l'initiative fondamentale du Ministère Public, à l'aide d'autres organismes auxiliaires de protection.

Nous pouvons, sans aucun doute, affirmer que l'activité du *Parquet* au Brésil constitue un exemple et un modèle pour les autres systèmes, où les défaillances constatées, malgré le pouvoir d'agir conféré aux associations de consommateurs, empêchent une mise en oeuvre efficace des normes du droit positif.

L'institution d'un tel facteur extraordinaire d'équilibrage des rapports de consommation dépendra, certes, d'une large dose de volonté politique, acquise et bâtie auprès des rouages du pouvoir. Mais si l'entreprise demeure, sans doute, le défi majeur de chaque ordre juridique considéré, elle déborde du seul cadre du droit comparé.

Références

1. Ouvrages juridiques:

- BENJAMIN, Antônio Herman, *Consumer Protection in Less-Developed Countries: The Latin American Experience*, in *Consumer Law in Global Economy*, Ashgate, 1997, p. 49-50.
- BIHL, Luc, *Une histoire du mouvement consommateur – Mille ans de luttes*, Aubier, 1984.
- _____, *Consommateur, réveille-toi !*, Syros, 1992.
- BOURGOIGNIE, Thierry, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, Bruxelles, Story Scientia, 1988.
- CALAIS-AULOY, Jean et STEINMETZ, Frank, *Droit de la consommation*, Dalloz, 6^e éd. 2003.
- DELVAX, Guy et alli, *L'aide au consommateur*, Bruxelles, Bruylant, 1981.
- FERNANDES NETO, Guilherme, *Cláusulas Abusivas do SFH – Um Interesse Coletivo*, Revista dos Tribunais, n. 702, 1994.
- FILOMENO, José, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 5^e éd, 1997.
- GIDE, Charles et DAUDÉ-BANCEL, *De la lutte contre la cherté par les organisations privées*, Les presses universitaires de France, Paris, 1926.
- HALPÉRIN, Jean-Louis, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, Presses universitaires de France, 1996.
- JOSSERAND, Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, Paris : Dalloz, 1927.

- _____. *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris : Dalloz, 1928.
- LÉVY, Jean-Philippe et CASTALDO, André, *Histoire du droit civil*, Paris, Dalloz, 2002, p. 792.
- MARQUES, Cláudia, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 4^e éd. 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson, *Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Revista de direito do consumidor, n. 3, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992.
- PAISANT, Gilles, *Essai sur la notion de consommateur en droit positif*, JCP, éd. G, 1993.I.3655.
- _____. Commentaires sur les arrêts 1^o Cass. 1^{er} civ., 17 juill. 1996 et 2^o Toulouse, 3^e ch. Civ., 9 janv. 1996, JCP 1996, II, 22747.
- PICHONNAZ, Pascal, *Avant-projet de loi fédérale sur l'information et la protection des consommatrices et des consommateurs (LIPC) – Rapport explicatif du 16 mars 2004*
- RAMSAY, Ian et WILLIAMS, Toni, *Inequality, Market Discrimination, and Credit Markets*, in Consumer Law in the Global Economy, Ashgate, 1997, p. 234.
- RAMSAY, Ian, *O Controle da Publicidade em um Mundo Pós-moderno*, Revista de Direito do Consumidor, n. 4, Editora revista dos tribunais, São Paulo, 1992, p. 38.
- RAYMOND, Guy, *Quatrième étape pour le surendettement: le redressement personnel*, Contrats Conc. Cons., Juris-Classeur, août-septembre 2003, p. 7.
- SALEILLES, Raymond, *De la déclaration de volonté*, Paris : Cotillon, 1901.
- TOMASETTI JÚNIOR, Antônio, *Defesa do Consumidor, Concentração Industrial, Reserva de Mercado: Perplexidades de um Civilista Atento ao Noticiário*, Revista de Direito do Consumidor, n.1, Editora revista dos tribunais, São Paulo, 1992, p. 23
2. Ouvrages littéraires et sociologiques:
- BAUDRILLARD, Jean, *La société de consommation*, Denoël, 1970.
- BUARQUE, Cristóvão, *O que é apartação: o apartheid social no Brasil*, Brasiliense, 1994.
- CHARPENTIER, Michel et Jeanne, *Littérature: textes et documents*, Paris, Nathan, 1987.
- DIDEROT et D'ALEMBERT, *Encyclopédie des arts, des sciences et des métiers*, 1750-1766.
- MERCIER, Louis Sébastien, *Tableau de Paris*, 1781-1788.
- MOLIÈRE, *Don Juan*, 1665.
- ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, 1762.
- TOURAINÉ, Alain, *Critique de la modernité*, Fayard, 1992.
- VOLTAIRE, *Prière à Dieu, Traité sur la Tolérance*, XXIII, 1763.

Bibiana Graeff Chagas Pinto*

Confluences, título da obra lançada em 2007 em homenagem à Jacqueline Morand-Deville¹, professora emérita da Université de Paris 1 – Panthéon Sorbonne, encaixa-se perfeitamente para resumir, em uma palavra, a primeira experiência formal de co-tutela de doutorado em Direito envolvendo esta Universidade e a Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A convenção de co-tutela assinada em 2004, em Porto Alegre, pelo Reitor José Carlos Ferraz Henneman, e posteriormente pelo Presidente da Universidade francesa, Pierre-Yves Hénin, formalizou o início de um trabalho conjunto, sob a orientação da professora francesa e da professora doutora Claudia Lima Marques. Este encontro veio reforçar os laços já então existentes entre a professora Jacqueline Morand-Deville e o direito brasileiro², bem como consolidar a aproximação da professora brasileira – promotora incansável do *diálogo* não apenas das fontes, mas também do direito nacional com outros direitos³, junto ao direito francês⁴.

« Confluências » também é uma boa palavra-chave para designar o tema desse doutorado em co-tutela : a gestão dos serviços públicos de água e esgotamento sanitário, em direito francês e em direito brasileiro. Como abordar este tema, que classicamente se enquadra em Direito Administrativo, sem levar em consideração o impacto inegável de « novos direitos », e especialmente do Direito Ambiental e do Direito do Consumidor nesse setor ? A junção das competências das Professoras doutoras Jacqueline Morand-Deville (direito administrativo/direito ambiental) e Claudia Lima Marques (direito do consumidor/direito ambiental) revelou-se ideal para a direção deste trabalho.

Em termos pessoais, materiais e intelectuais, não se pode, contudo, afirmar que esse percurso tenha representado, para mim, « um rio tranquilo ». A escolha de deixar o país, a família, os amigos, de enfrentar um « novo mundo » e imergir no estudo de um ordenamento jurídico estrangeiro, apresenta os seus percalços. Quando se chega, porém, à foz, o crescimento

* Mestre em Direito Ambiental pela Université de Paris 1 - Panthéon Sorbonne. Doutoranda em co-tutela pela Université de Paris 1 - Panthéon Sorbonne e pela UFRGS, sob a orientação das Professoras Doutoras Jacqueline Morand-Deville e Claudia Lima Marques. Bolsista da CAPES.

¹ DEGUERGUE, M. ; FONBAUSTIER, L. (org.). *Confluences, Mélanges en l'honneur de Jacqueline Morand-Deville*, Paris : Montchrestien, 2007.

² Cabe citar um exemplo dessa aproximação da Professora com o Brasil : a orientação da tese de doutorado de Solange Telles da Silva, defendida em 2001 na Université de Paris 1 - Panthéon Sorbonne.

³ Destaca-se o papel fundamental exercido pela professora, tendo concluído o mestrado pela Universidade de Tübingen (1987), o doutorado pela Universität Heidelberg (Ruprecht-Karls) (1996), e o pós-doutorado pelo Serviço Alemão de Intercâmbio Acadêmico (2003), para a aproximação entre a Faculdade de Direito da UFRGS e diversas instituições de ensino superior da Alemanha, que proporcionou múltiplos intercâmbios entre professores e alunos brasileiros e alemães, não apenas em nível de pós-graduação, mas também em nível de graduação. Desse esforço, nasceram inúmeras conquistas ; levantando-se apenas um exemplo, entre tantos outros, cita-se o doutorado, sob orientação conjunta da Professora e do Professor doutor alemão Erik Jayme, de Augusto Jaeger Junior, hoje doutor e professor adjunto da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

⁴ Consolidados, estão também os laços da Professora com a Université de Savoie.

humano e acadêmico é incomensuravelmente recompensador. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da UFRGS em junho de 2002, já em setembro do mesmo ano, eu embarcara rumo à Paris para realizar um mestrado em Direito Ambiental (*DEA de droit de l'Environnement*, hoje « *Master* », na Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne). Este primeiro ano na França foi certamente um dos mais difíceis, sob os três ângulos pré-citados. Quanto ao aspecto financeiro, por exemplo, não encontrara, na época, nenhum programa de bolsa adequado ao meu caso ; as bolsas de mestrado no exterior continuam extremamente raras na área jurídica, muito embora experiências deste tipo sejam cientificamente enriquecedoras e estrategicamente importantes para o estabelecimento das bases de colaborações e intercâmbios futuros. Meu interesse pela preservação dos recursos hídricos conduziu-me a redigir uma dissertação sobre a aplicação dos princípios de informação e de participação dos usuários na gestão de um serviço público de abastecimento de água na França, sob a orientação da Professora doutora Jacqueline Morand-Deville. Tratou-se de um estudo de caso, aplicado à cidade de Marseille, que me permitiu além de desenvolver os aspectos teóricos relacionados ao assunto, conhecer a realidade prática de uma empresa privada com mais de cinquenta anos de experiência no setor.

Dizem que as pessoas que se envolvem com o estudo das águas nunca mais conseguem abandonar, completamente, esse tema. Afinal, como diz Antoine de Saint-Exupéry, a água não é necessária à vida, ela é a própria vida⁵... Assim tem sido para mim. O tema desenvolvido durante o mestrado foi ampliado a um estudo comparado, incluindo, além da distribuição de água, o serviço público de esgotamento sanitário, e abarcando não apenas a informação e a participação dos usuários, mas também os diversos problemas relacionados ao regime jurídico destes serviços públicos em direito administrativo (no Brasil e na França), sem porém negligenciar aspectos específicos do direito ambiental, do direito do consumidor e do direito público econômico. Concluído o mestrado em setembro de 2003, iniciei, no mesmo ano, o doutoramento. O doutorado na França não prevê carga letiva para os doutorandos (as aulas presenciais restringem-se à fase do *Master* ; o doutorado é dedicado exclusivamente à pesquisa e à redação da tese). Isso me permitiu retornar ao Brasil em 2004, concretizar a co-tutela, assistir a disciplinas do curso de pós-graduação da faculdade de Direito da UFRGS, adiantar a coleta de dados e a pesquisa em direito brasileiro, assim como preparar alguns pedidos de bolsa. Tendo obtido a *Bourse de la Ville de Paris* (uma bolsa de doutorado anual e não renonável conferida pelo Município), retornei à França para o ano letivo de 2004-2005. Ao final deste ano, obtive uma bolsa de doutorado pleno no exterior concedida pela CAPES, o que me permitiu, enfim, trabalhar durante dois anos com a devida serenidade.

A defesa da tese ocorrerá na França, em julho de 2008. A co-tutela é uma experiência interessante também no que concerne à composição da banca examinadora. As regras francesas

⁵ A beleza do texto justifica uma citação, em versão original : « Eau, tu n'as ni goût, ni couleur, ni arôme, on ne peut pas te définir, on te goûte sans te connaître. Tu n'es pas nécessaire à la vie : tu es la vie. Tu nous pénètres d'un plaisir qui ne s'explique point par les sens. Avec toi rentrent en nous tous les pouvoirs auxquels nous avons renoncé. Par ta grâce s'ouvrent en nous toutes les sources taries de notre cœur. Tu es la plus grande richesse qui soit au monde, et tu es aussi la plus délicate, toi si pure au ventre de la terre. Tu n'acceptes point de mélanges, tu ne supportes point d'altération, tu es une ombrageuse divinité... Mais tu répands en nous un bonheur, infiniment simple ». SAINT-EXUPÉRY, A., *Terre des hommes*, Chapitre VII « L'eau miraculeuse », Paris : Éditions Gallimard, 1939.

impõem um *jury* composto pelos dois orientadores, além de *dois professores franceses* (devendo, ao menos um deles, o *rapporteur*, vir de uma universidade outra que a universidade francesa envolvida, no caso a Université de Paris 1) e *dois professores brasileiros* (devendo, ao menos um deles, o *rapporteur*, vir de uma universidade outra que a universidade brasileira envolvida, no caso a UFRGS)⁶.

A escolha da co-tutela foi fundamental para a orientação deste trabalho. A realização de um Doutorado em Direito na França propicia ao jurista o aprendizado do rigoroso método francês de elaboração do *plan de thèse*. Além disso, a elaboração de uma tese em direito comparado permite a assimilação pelo jurista do método comparativo, uma ferramenta indispensável nesse início de século XXI, face a um mundo globalizado, onde os conflitos e os desafios ultrapassam, de forma crescente, as fronteiras nacionais. Enfim, eu não poderia deixar de agradecer às Professoras orientadoras e às instituições que acreditaram nesse trabalho, nesse intercâmbio, nessa colaboração, que já dá sinais de continuidade⁷.

⁶ Cabe ressaltar que a Université de Paris 1, Panthéon-Sorbonne, financia as passagens de avião para a vinda dos professores estrangeiros.

⁷ Neste ano letivo de 2007-2008, o diálogo iniciado a partir deste primeiro projeto de co-tutela, permitiu a ida para a França de uma aluna recém formada pela graduação em Direito da UFRGS, para cursar o *Master de Droit de l'Environnement* da Université de Paris 1 – Panthéon-Sorbonne.

“PLANO: FRANÇA. PLANO FRANCÊS?!”

Wellerson Miranda Pereira¹

Conta-se que, deposto Luís XVI na França, o povo reivindicava à Convenção Nacional medidas de repressão às fraudes constantemente praticadas no comércio, em detrimento dos “consumidores”. Robespierre, com toda a soberba a que o uso da guilhotina lhe havia elevado, teria então afirmado: “Quando o povo se ergue, não deve ter um objetivo digno de si?... São medíocres mercadorias que lhe devem ocupar o espírito?... O Povo deve se erguer, não para recolher açúcar, mas para aplacar os malfetores.”²

Foram realmente necessários muitos séculos de luta para que o movimento consumerista superasse preconceitos e conseguisse proclamar a proteção do consumidor como direito da pessoa humana. Atribuída comumente a bandeira a John Kennedy, em seu discurso de 15 de março 1962, o movimento ganhou o mundo, foi reconhecido e obteve a adesão da Organização das Nações Unidas³.

Na França, Jean Calais-Auloy foi incumbido da preparação de um Projeto de Código do Consumo, mas contingências políticas lhe impediram a promulgação. O documento gerou frutos e inspirou⁴, no Brasil, a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, o primeiro da *espécie* em todo o mundo, diploma ousado e desafiador das amarras jurídicas de sua época.

Para um estudante brasileiro, recém-formado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB e fascinado pelas inovações desse “novo direito”, a possibilidade de estudar na França, conhecer mais de perto o sistema jurídico de mestres como Salleilles, Josserand e Carbonnier, morar no país da Revolução de 1789, de Rousseau e de Voltaire, enchiam os olhos.

Dos planos, à prática: um contato bastante acolhedor com o mestre Gilles Paisant, professor da Faculdade de Direito e Economia da Université de Savoie, especialista reconhecido em praticamente todos os círculos mundiais de promoção do movimento consumerista e coordenador do DEa em “Direito francês, suíço e comparado das relações de consumo”⁵ oferecido conjuntamente com a Université de Lausanne, na Suíça, consolidou o interesse pelo curso. As aulas seriam assistidas, alternadamente, em Chambéry e em Lausanne.

A oportunidade surgiu com a obtenção de uma subvenção concedida pela Comissão Federal de Bolsas de Estudos da Confederação Helvética. Contudo, uma exigência institucional: residir na *Helvetia*, e não na França, durante o curso. Não hesitei, licenci-me do exercício da advocacia e parti rumo ao país “de la fondue et du chocolat”. E dos bancos... A Suíça, admita-

¹ Doutorando em co-tutela de tese em Direito pela Université de Savoie, Chambéry-França e Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, sob orientação dos professores Gilles Paisant e Cláudia Lima Marques. Bolsista da CAPES.

² Luc Bihl, *Une histoire du mouvement consommateur, mille ans de lutes*. 1984, Aubier, p. 130.

³ “Diretrizes das Nações Unidas para a proteção dos consumidores”, Resolução da Assembleia Geral, nº 39/248 de 9.4.1985.

⁴ Nesse sentido, v. a explicação de Ada Pellegrinni Grinover, in “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do Anteprojeto”, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 10.

⁵ Atualmente, *Master en droit français, suisse et comparé de la consommation et de la concurrence*.

se, é um país fascinante, onde o multiculturalismo permitiu, ao lado do crescimento jurídico, extenso enriquecimento pessoal. Atributos propícios, aliás, e sugestivos da realização de uma dissertação de conclusão de curso em direito comparado.

Jurista humanista, obstinado pela proteção dos mais fracos, escolhi, por razões óbvias, o professor Gilles Paisant como orientador. Minha maior dificuldade, confesso, foi a definição do que se convencionou denominar “plano francês”, vale dizer, o plano de dissertação. Devo admitir, o rigor metodológico com que se prepara um tal plano me surpreendeu e exigiu bastante esforço. Ao final, dar resposta (modesta e humilde) à indagação “Pourquoi protéger les consommateurs? – Analyse comparative entre les systèmes socio-économiques et juridiques européen et brésilien” foi tarefa que me pôs em contato com os primórdios e fundamentos do consumerismo, de forma interdisciplinar e extremamente reveladora: nada mais interessante que constatar (*in loco!*) as diferentes causas, os distintos substratos humanos, econômicos e culturais que engendraram a criação de sistemas jurídicos de proteção do consumidor em contextos tão díspares, que contrapunham, de um lado, França, com sua tradição de civismo ativo em defesa dos direitos do cidadão; Suíça, com toda a sua riqueza, que lhe permitiu se excluir da Comunidade Européia e se dar ao luxo de, praticamente (exagero um pouco, talvez), relegar a proteção ao exercício de um dever moral; Europa, em sua caminhada rumo à vanguarda mundial da promoção do consumerismo; e, de outro lado, o Brasil, com sua ânsia adolescente de se dotar de um instrumento jurídico moderno, digno de “primeiro mundo”.

Concluído o curso, etapa indispensável ao ingresso no programa de doutorado, apresentou-se novamente a tentação de realizar pesquisas em direito comparado. Mas, dessa vez, mediante um sistema diferente: a co-tutela de tese. Dificuldade: encontrar, no Brasil, um especialista renomado que aceitasse o desafio da orientação acadêmica durante, aproximadamente, quatro anos. Especialista renomado, disse. Oh, que dificuldade...

Da professora Cláudia Lima Marques, até então, somente tinha lido alguns dos seus numerosíssimos artigos e livros publicados. Sua excelência acadêmica e jurídica, no entanto, fizeram-na conhecida de todos os especialistas da proteção do consumidor no mundo. Do mestre Gilles Paisant, ela era não só conhecida, mas também amiga, o que me incitou ainda mais a lhe propor o convite. Aceito, ajudou-me na definição do tema da pesquisa, de preferência sobre assunto atualíssimo em ambos os sistemas jurídicos: “A proteção dos consumidores nas operações de crédito – Análise de direito comparado franco-brasileiro”. Desde então, o contato com ela tem sido não só acolhedor, mas carinhosamente exigente e extremamente frutífero, ultrapassando os limites da tese de doutorado e desembocando, para além da amizade, em importantes projetos de pesquisa realizados em parceria.

A co-tutela de tese não é fácil. Quase tanto quanto o desafio da pesquisa acadêmica, há que se vencer obstáculos de natureza burocrática, financeira e logística: desde a assinatura conjunta da “Convenção acadêmica de co-tutela”, passando pela conclusão de um “Acordo Quadro de Cooperação Universitária”⁶, a busca de financiamento e as várias mudanças

⁶ Assinado pelos senhores reitores de ambas universidades, Dr. José Carlos Ferraz Henneman e Claude Jameux, em 21.3.2005 e 6.4.2005, respectivamente.

intercontinentais de residência ao longo do quadriênio. Deixo, aliás, minha homenagem à CAPES, que me tem garantido, com o fornecimento de dinheiro público, a subsistência e a realização das pesquisas.

Em 2004 dei início aos trabalhos, instalei-me na pequena Chambéry, no Departamento da Savoie. Emocionei-me ao passar diante da janela, de onde o próprio Rousseau outrora expressava sua melancolia, nas *Confessions*⁷... Engana-se quem crê que todos os países em que o francês é língua oficial são “*baguettes* do mesmo saco”. Os diferendos⁸ históricos entre os países da francofonia ainda produzem, “ça et là”, reminiscências rivalidades, típicas de países com cultura e geografia limítrofes. No folclore francês, o belga é um sujeito engraçado; o suíço, fala engraçado; o luxemburguês... a designação diz tudo. Isso sem contar os numerosos países africanos em que a língua é corrente. Mas, atualmente, é a influência da cultura e dos hábitos do islão que mais dá impulso à diversidade cultural e gastronômica na França.

Charmosamente incrustada nos Alpes, a cidade é – não poderia deixar de ser – montanhosa. O *campus* universitário é diferente das outras universidades que visitei na França, os prédios se espalham pelas ladeiras. O Centro de Direito das Obrigações e do Consumidor⁹ é bem equipado e a biblioteca, guarnecida com numerosos periódicos jurídicos, a maior parte em suporte eletrônico. O grande volume de publicações de seus membros em todos os periódicos da França reservam-lhe, nessa área jurídica, lugar de destaque, em contraste com o tamanho e pouca idade do instituto. O clima frio durante a maior parte do ano, se por um lado constringe um pouco um brasileiro habituado ao calor do centro-oeste... estimula, por outro lado, o trabalho acadêmico.

Seis meses de pesquisa, no entanto, foram necessários para a definição plano de tese. Várias tentativas se perderam, diante do rigor (cartesiano!) com que o mestre Paisant, positivamente, conduz sua orientação. A solução, muito honrosa, surgiu finalmente inspirada na leitura de um excerto dos maiores expoentes da literatura francesa, Jean-Baptiste Poquelin¹⁰.

Em 2005 mudei-me para o Rio Grande do Sul, a fim de concluir as disciplinas do programa de doutorado do PPGDir/UFRGS. Todos calorosamente acolhedores (digo-o com muita sinceridade) desde funcionários, colegas de curso e professores (numerosos, pareceu-me, nitidamente francófilos), contribuíram para minha adaptação ao sistema (bastante distinto do doutorado na França) de apresentação de seminários em classe. Rendi-me, definitivamente, aos encantos de Porto Alegre. Excelente ano decorrido, não fora o encantamento pela cidade, mas a proteção do Direito do Consumidor que me valeu a denominação de cidadão “porto-alegrense”!¹¹

⁷ « Ma chambre était la plus sombre et la plus triste de la maison. Un mur pour vue, un cul-de-sac pour rue, peu d'air, peu de jour, peu d'espace, des grillons, des rats, des planches pourries, tout cela ne faisait pas une plaisante habitation. » *Les Confessions*, livre V.

⁸ A palavra é comum na língua falada em Portugal e deriva do francês “différend”, que significa: desacordo resultante de oposição de interesses ou opiniões entre pessoas, disputa.

⁹ Atualmente, *Centre de Droit Public et Privé des Obligations et de la Consommation* – CDPPOC.

¹⁰ O conhecido Molière: “Les dettes aujourd'hui, quelque soin qu'on emploie, Sont comme les enfants que l'on conçoit en joie, Et dont avec peine on fait l'accouchement. L'argent dans une bourse entre agréablement, Mais le terme venu que nous devons le rendre, C'est lors que les douleurs commencent à nous prendre.” (*L'étourdi ou les contretemps*, ato I, cena V).

¹¹ V. matéria publicada no site “Espaço Vital”, http://www.espacovital.com.br/noticia_ler.php?idnoticia=4133, na qual sou citado, por engano, como “porto-alegrense”, noticiando ação de indenização que propus em juízo, com base na norma do CDC sobre vício de qualidade de produto.

Nas idas e vindas entre o Brasil e a França, Brasília foi minha última parada no País antes da conclusão do programa. No primeiro semestre de 2007, cumprindo exigência acadêmica quanto à realização de estágio docente, ainda fui responsável pela disciplina “Títulos de Crédito”, como professor temporário na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. A defesa da tese deverá ocorrer no final de 2008.

Não deixo de expressar, finalmente, minha satisfação por ter contribuído com o que haverá sido apenas mais um de muitos frutos do esforço e da boa-vontade com que se enlaçaram em parceria acadêmica a Universidade Federal do Rio Grande do Sul e a Université de Savoie, sob o impulso de professores que acreditam na excelência do direito comparado para promover uma melhor compreensão de nós mesmos e do sistema em que atuamos¹².

¹² Desde a assinatura da Convenção de co-tutela, em novembro de 2004, foram organizadas várias conferências, tanto em Chambéry quanto em Porto Alegre, em que foram expositores a professora Dra. Cláudia Lima Marques e o professor Gilles Paisant, entre outros: em novembro de 2004 e fevereiro de 2006 (Chambéry); em maio de 2005 e maio de 2008 (Porto Alegre); em fevereiro de 2008, a professora Dra. Cláudia L. Marques proferiu várias conferências em Chambéry, durante sua estada como professora convidada. A aluna do mestrado do PPGDir Simone Backes cursou o *Master* na Université de Savoie em 2006/2007.

A UNIVERSIDADE DE SAVOIE EM CHAMBÉRY

Simone Regina Backes¹

O Prof. Erik Jayme, em discurso por ocasião da inauguração do novo prédio da Academia da Haia, em 18 de Janeiro de 2007, referiu que “é a comparação entre soluções dadas pelas regras de conflito de países de tradições diferentes a questões de direito civil que melhor permitem compreender os problemas”.² Consequentemente, o estudo do direito comparado é indispensável para que possamos encontrar soluções inovadoras em novos temas de direito, entre os quais, o direito do consumidor.

Ao analisar o conceito de consumidor, que possui concepções bastante diversas em países como França, Brasil, Suíça e Alemanha, percebi a necessidade de pesquisar diferentes ordens jurídicas. Sendo assim, além de melhor compreender os conflitos relacionados ao tema, eu teria a oportunidade alargar meu conhecimento científico.

Em face de tais objetivos, em outubro de 2006 cursei, junto à Université de Savoie e à Université de Lausanne, o *Master en droit français, suisse et comparé de la consommation et de la concurrence*.³

A realização desse mestrado, contudo, só foi possível com o auxílio da Confederação Suíça que me proporcionou os subsídios financeiros necessários. Por conseguinte, agradeço fortemente a oportunidade dada pela Comissão Federal de Bolsas de Estudos da Confederação Helvética.

As aulas do curso foram realizadas alternativamente na Faculdade de Direito e Economia da Université de Savoie e na Faculdade de Direito da Université de Lausanne, possibilitando o contato com diferentes culturas jurídicas que apresentam, no entanto, muitos pontos de convergência.

O programa do mestrado apresenta diversas cadeiras referentes à proteção do consumidor na França e na Suíça, relacionando essa proteção com o direito da concorrência em ambos os países. Além disso, o currículo possibilita um contato direto com o desenvolvimento e prática de técnicas de pesquisa, através de um atelier realizado junto ao Instituto Suíço de Direito Comparado – ISDC.

Detaque-se no curso a análise da forte influência do direito comunitário europeu sobre o direito do consumidor e da concorrência nacional. Nesse sentido, destaco, principalmente, as cadeiras de “Princípios do Direito Francês e Comunitário do Consumidor”, ministrada pelo Prof. Paisant, de “Defeitos de Segurança dos Produtos”, promovido pelo Prof. Tournafond, e de “Direito Internacional do Consumidor e da Concorrência”, do Prof. Bonomi.

¹ Mestranda da Université de Savoie/Université de Lausanne e mestranda da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

² Vide JAYME, Erik. A vocação universal do direito internacional privado – tendências atuais. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Edição-Especial, Dez. 2007. pp. 100-101.

³ Anteriormente denominado *DEA* em “Direito francês, suíço e comparado das relações de consumo”.

A partir dessas aulas, pude iniciar os estudos sobre a diversidade dos sistemas jurídicos nacionais que provocam, em caso de conflitos entre consumidores e fornecedores domiciliados em países diferentes, litígios que revelam problemas de direito internacional privado ainda insolúveis. Logo, escolhi como tema de dissertação a “Possibilidade de Codificação do Direito do Consumidor na União Européia e no Mercosul”, a qual está sendo orientada pelo Prof. Gilles Paisant.

A Faculdade de Direito da Universidade de Savoie, localizada próxima ao centro da cidade de Chambéry, faz parte do *campus* das Ciências Humanas da Universidade. Esse *campus*, rodeado por belas colinas, abriga uma grande biblioteca, a qual possui os mais atualizados periódicos franceses e europeus. Além disso, a biblioteca universitária disponibiliza aos alunos um amplo acervo eletrônico, facilitando o acesso à artigos e obras estrangeiras.

Além disso, a Faculdade de Direito e Economia possui o *Centre de Droit Public et Privé des Obligations et de la Consommation* – CDPPOC, o qual dispõe de uma grande coleção sobre os Direito do Consumidor, comportando as obras mais atualizadas sobre o tema, especialmente em relação ao direito comunitário. A biblioteca do centro de pesquisa possui, ainda, uma coleção bastante diversificada de direito do consumidor comparado, com obras de diversos países.

Portanto, devo o grande desenvolvimento acadêmico e cultural que obtive nesse período à possibilidade de cursar o mestrado junto à Université de Savoie e à Université de Lausanne. Não só à possibilidade de acesso a uma bibliografia tão rica e vasta, mas principalmente o contato com os professores franceses e suíços e com diferentes teorias jurídicas, representaram um grande enriquecimento na minha formação. Sendo assim, deixo aqui minha homenagem ao programa de mestrado, em especial, aos Professores Gilles Paisant e Andrea Bonomi.

RELATO DA EXPERIÊNCIA DE INTERCÂMBIO ACADÊMICO NA FRANÇA

Helena Lobato da Jornada*

A realização de um intercâmbio acadêmico durante a graduação foi um dos meus objetivos desde o início da faculdade, como aluna do curso de Relações Internacionais. Após procurar informações sobre os convênios celebrados pela UFRGS, descobri que existia a possibilidade de realizar intercâmbio no *Institut d'Études Politiques (IEP-Science-Po)*, em Rennes, capital da região da Bretanha.

A oportunidade me interessou muito, principalmente devido ao prestígio acadêmico daquela instituição, parte do sistema de "*Grande Écoles*" francesas. Assim que decidi me inscrever no programa de intercâmbio, tive todo o apoio da Secretaria de Relações Internacionais e Institucionais da UFRGS, assim como da Secretaria de Relações Internacionais da instituição receptora, não tendo, portanto, enfrentado maiores problemas nos procedimentos de inscrição.

Rennes, localizada a 400 quilômetros de Paris, é uma cidade linda, com grande parte de sua origem medieval preservada, mas com uma infra-estrutura moderna e vida cultural ativa, além de ser o berço do famoso "*crêpe*" francês. Por ser uma cidade majoritariamente estudantil, oferece uma estrutura bastante desenvolvida para acolher os estudantes estrangeiros. Desde quando ainda estava no Brasil, já havia a confirmação de que moraria em uma Casa de Estudantes conveniada com o IEP. O governo francês também oferecia passes de ônibus e metrô gratuitos aos estudantes estrangeiros, assim como acesso preferencial a várias atividades culturais e de lazer.

Academicamente a experiência foi muito proveitosa, tendo eu, no total, feito sete cadeiras. Três delas eram obrigatórias, pois eram oferecidas apenas para os estudantes estrangeiros: Francês, História e Civilização Francesa e Seminário de História e Civilização Francesa. Como a realização de intercâmbio acadêmico ou profissional é obrigatória para os alunos do IEP, o *Institut* possuía um programa específico para os alunos estrangeiros, que possibilitou uma imersão na história e cultura da França, especialmente no que se refere à história política.

Além dessas três cadeiras, escolhi outras quatro: Instituições Europeias, Política Externa da França, Relações Econômicas Internacionais e Instituições e Sistema Político dos Estados Unidos da América – cadeira esta ministrada em inglês. As aulas eram todas expositivas, ministradas em auditórios lotados, onde não havia muito espaço para discussão, diferentemente do estilo de aula com o qual estamos habituados no Brasil, onde o debate e a realização de seminários prevalecem. Como já dominava a língua francesa, não tive dificuldades em acompanhar as aulas, que eram excelentes. Entretanto, senti falta de ter um contato com a bibliografia original de cada cadeira, já que nas aulas isso não era objeto de discussão.

* Graduanda do 7º semestre de Relações Internacionais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Em termos de avaliação, o IEP oferece um sistema diferenciado para os estudantes estrangeiros, visto que oferece um certificado especial para aqueles que consigam ser aprovados em todas as cadeiras. Felizmente, todos os estudantes da UFRGS que já realizaram este intercâmbio foram muito bem sucedidos, recebendo o certificado, o que não é nada fácil, visto que apenas 30% dos estudantes estrangeiros obtêm sucesso. Uma das maiores certezas que os estudantes brasileiros – e especialmente os colegas da UFRGS que passaram pela mesma experiência – é que a nossa Universidade nos prepara muito bem, sendo que em nenhum momento me senti despreparada para os desafios.

A estrutura física do IEP também facilitou todo o processo de aprendizagem, já que a biblioteca, além de ser equipada com computadores e rede wireless possuía uma coleção extraordinária de periódicos em Relações Internacionais, Ciência Política, Direito e Economia, além de um grande acervo de obras clássicas e contemporâneas. Além disso, tínhamos acesso a todas as bibliotecas da cidade, algumas tão singulares – como a de *Champ Libres* – que eram dos pontos turísticos mais visitados da cidade.

Além do grande aproveitamento acadêmico, o intercâmbio me possibilitou uma grande vivência com a diversidade de culturas, valores e personalidades – essencial para um acadêmico das Relações Internacionais, já que convivia diariamente com colegas e vizinhos de mais de 30 nacionalidades diferentes. A oportunidade de trocar idéias e experiências com pessoas tão distintas proporcionada pelo intercâmbio acadêmico é, sem dúvida, única, e minha experiência na França confirma o seu inestimável valor.

RELATO DA EXPERIÊNCIA DE INTERCÂMBIO ACADÊMICO NA FRANÇA

Gustavo Meira Carneiro*

A idéia de ter uma experiência de intercâmbio acadêmico em uma instituição estrangeira me despertou extremo interesse desde o início de meus estudos universitários. Nesse sentido, quando fui informado do convênio existente entre a UFRGS e o *Institut d'Etudes Politiques* (IEP) de Rennes, na França, e da possibilidade de cursar um semestre naquela instituição, prontamente me inscrevi para fazê-lo. Fui aceito como aluno do IEP para o período de Janeiro a Junho de 2007, tendo o Instituto me oferecido ainda uma bolsa de estudos, pela qual sou profundamente grato.

A cidade de Rennes, na região francesa da Bretanha, é reconhecida pela grande importância dada à cultura e às artes, abrigando um grande número de bibliotecas, museus e centros culturais em uma cidade de pouco mais de 200 mil habitantes. Sem dúvida alguma, o ambiente de efervescência cultural que envolve a cidade teve uma contribuição muito positiva para o aproveitamento da minha experiência e de meus estudos naquele semestre.

O IEP de Rennes é parte de uma rede de 9 *Grandes Écoles* que se estende por toda a França, encabeçada pelo reconhecido IEP de Paris, que visam a oferecer aos estudantes uma formação ampla na área das Ciências Sociais, promovendo estudos em diferentes campos, desde a Administração Pública à História. Dentro do programa no qual estava inserido, para obtenção do *Certificat d'Etudes Politiques*, era possível escolher cadeiras de todos os semestres, o que abria uma grande gama de opções, dentre as quais poderia escolher quatro cadeiras, além dos três cursos obrigatórios do programa.

Dessa forma, cursei as cadeiras obrigatórias de Francês para Estrangeiros, História da França e os Seminários de Método. Além destas, escolhi cursar quatro cadeiras de áreas diferentes: Relações Econômicas Internacionais, Instituições Européias, Relações Internacionais e Sistemas Políticos Comparados. Essas escolhas me permitiram tanto complementar meus estudos do curso de Economia, com curso de Relações Econômicas Internacionais, como ter noções de Direito Internacional Público, no estudo das Instituições Européias. Além disso, pude entrar em contato com temas importantes da Ciência Política, com o curso de Sistemas Políticos Comparados, e com as relações internacionais da Ásia, tema do curso de Relações Internacionais naquele semestre.

A excelente formação e a dedicação dos professores do IEP fizeram com que cada aula, minuciosamente preparada, transmitisse uma enorme quantidade de conhecimento. Além do conteúdo aprendido em aula, creio que foi com conhecimento do método francês que obtive uma das lições mais importantes de minha estada. A formalidade cartesiana na organização dos estudos científicos utilizada pela academia francesa, com divisões e ligações meticolosas entre as partes e uma delimitação clara de objetivos e problemática, é uma

* Acadêmico de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

ferramenta enormemente útil para qualquer atividade científica e, sem dúvida, a utilizarei durante toda minha vida acadêmica.

Posso afirmar, assim, que o intercâmbio foi uma experiência completa. O aprendizado cultural que tive por ter conhecido não apenas o modo de vida e os costumes franceses, mas também aqueles dos outros estrangeiros que lá estavam, foi único. Mais importante ainda, o ganho de conhecimento que tive através das aulas e dos trabalhos realizados foi, sem dúvida, crucial para uma formação acadêmica completa. Nesse contexto, a excelência – mas também a exigência – do ensino francês fizeram com que meu esforço nos estudos fosse redobrado, e reforçaram o ganho acadêmico que tive, coroado com o sucesso na obtenção do *Certificat d'Etudes Politiques*.

Durante toda a minha trajetória de estudos de graduação na UFRGS tive a preocupação de construir uma formação aberta, com a idéia de que uma visão ampla de mundo permite uma compreensão mais clara da realidade, principalmente no que diz respeito às Ciências Sociais. Por isso, acredito que uma experiência de intercâmbio é fundamental para uma formação universitária completa. Nesse sentido, posso afirmar, com certeza, que meu intercâmbio no IEP foi uma complementação perfeita para os meus estudos e, por isso, agradeço à Universidade Federal e ao *Institut* pela oportunidade única.

EN ROUTE VERS UN PARTENARIAT UFRGS – UQAM:

IMPRESSIONS ET OBSERVATIONS

Étienne Chénier-Lafèche*

École de langues.

Mon expérience au Brésil s'initia au mois de juillet 2007 à Rio de Janeiro. À cette époque, ma maîtrise du portugais était plutôt rudimentaire. Ayant participé à un cours d'été d'une durée d'un mois à l'université de Coimbra au Portugal, j'arrivais au Brésil avec l'objectif de parfaire mes connaissances linguistiques avant le début des cours. Toutefois, constatant l'inexistence de cours de langue avant le début du semestre à la UFRGS, je dus me résoudre à m'inscrire au programme offert par l'Université Pontificale de Rio de Janeiro (PUC-RJ). Considérant que l'expérience s'est révélée être un franc succès, il m'apparaît pertinent d'envisager la création d'une telle activité à l'Université fédérale du Rio Grande do Sul. En effet, même si de tels cours sont offerts lors du semestre, il est pertinent d'envisager la création d'un programme accéléré, offert sur une période d'un mois, afin de permettre aux étudiants d'acquérir les outils linguistiques nécessaires avant le début des cours.

La UFRGS

Lors de mon passage à l'Université fédérale du Rio Grande do Sul, j'ai eu l'opportunité de participer aux cours de droit de la consommation, de droit international de l'environnement, d'économie solidaire, d'espagnol et de droit international de la consommation au niveau de post-graduation. À cet égard, il fut particulièrement enrichissant d'assister à un cours normalement offerts au niveau de maîtrise. Ainsi, il me paraît intéressant de continuer à offrir cette opportunité aux étudiants participants à un échange qui auraient la volonté de se soumettre à l'exercice.

D'un autre côté, il fut remarquable de constater l'implication soutenue des professeurs, tant au niveau de leurs activités d'enseignement qu'au niveau du soutien offert aux étudiants. De plus, soulignons l'invitation de plusieurs conférenciers d'Europe et des Amériques tout au long du semestre.

Par ailleurs, il est à noter que Porto Alegre, tant pour avoir été le siège du forum social mondial à deux reprises que de pour son rôle central dans le développement du droit de la consommation, constitue un centre de prédilection pour l'étude des mouvements sociaux brésiliens.

Toutefois, une université est beaucoup plus que les cours qui y sont offerts. À la UFRGS, le profond engagement des étudiants a donné une tout autre dimension à mon

* Université du Québec à Montréal.

séjour. En effet, citons le succès considérable qu'a connu la simulation des Nations Unies (UFRGSMUN), événement auquel ont participé des étudiants de l'ensemble du Brésil. Par ailleurs, il est essentiel de souligner la grande hospitalité manifesté par tous ceux que j'ai eu la chance de côtoyer lors de mon séjour à Porto Alegre.

Développement d'un partenariat UFRGS-UQAM

Enfin, considérant tous les aspects de mon séjour au Brésil, le développement d'un partenariat entre l'Université fédérale du Rio Grande do Sul et l'Université du Québec à Montréal, deux institutions partageant plusieurs valeurs en commun, apparaît comme un projet particulièrement prometteur. À cette fin, un échange plus important avec le Centre d'étude et de recherche sur le Brésil de l'UQAM et la valorisation du partenariat auprès des étudiants pourrait faciliter ce développement.

INSTITUT D'ETUDES POLITIQUES DE GRENOBLE

Milena Castellnou

Mon université, l'Institut d'Etudes Politiques de Grenoble, dispose de nombreux partenariats avec des universités du monde entier, offrant de considérables opportunités d'échange à ses étudiants. Cependant ce partenariat avec la UFRGS est le seul que l'IEP ait signé directement avec une université brésilienne. Toutefois, l'IEP ayant récemment ouvert un master « Amérique Latine » on peut imaginer, ou tout du moins, souhaiter, que cette carence soit prochainement rectifiée.

C'est donc pourquoi, désireuse de connaître le Brésil, j'ai choisi de réaliser un semestre académique à la UFRGS. Etudiante au sein du master « Amérique Latine », j'avais l'opportunité de me rendre un an à l'étranger et j'ai décidé de diviser cette année en deux semestres ; après avoir passé quelques mois à l'Universidad Catolica Argentina de Buenos Aires, je suis donc arrivée en février à Porto Alegre. C'est ainsi sans grande connaissance de la ville, du pays (ceci étant mon premier séjour au Brésil) ou encore de la langue portugaise que j'ai débarqué à la UFRGS.

J'ai d'abord beaucoup apprécié la ville de Porto Alegre, et surtout le formidable accueil des habitants de Porto Alegre, tant à la UFRGS que au cours de mes diverses expériences extrascolaires. D'autant plus que la chaleur de l'accueil brésilien est particulièrement appréciable lorsqu'on s'installe dans un pays étranger... De plus, le personnel de la UFRGS en général s'est montré plein de bonne volonté même si les difficultés administratives étaient considérables ! Parmi les mauvaises surprises réservées par la bureaucratie brésilienne, j'ai notamment dû faire un aller-retour express en France pour obtenir le visa étudiant, aller de nombreuses fois à la police fédérale et attendre plus d'un mois avant d'être définitivement inscrite à l'université... Cela dit, l'avantage est qu'ici tout se passe dans la bonne humeur et il y a toujours quelqu'un qui cherche à vous aider, ce qui rend les démarches beaucoup moins pénibles.

Au niveau académique, j'ai été très positivement surprise par la UFRGS qui dispose d'un très bon niveau, tant du point de vue matériel, les conditions d'études étant idéales, que scolaire. Ainsi le niveau et l'offre de cours de la faculté de relations internationales au sein de laquelle je suis inscrite est tout à fait comparable à l'IEP de Grenoble même si, bien évidemment, les méthodes d'enseignement diffèrent d'un pays à un autre. De plus, la UFRGS organise une gamme très variée d'événements, sous forme de nombreuses conférences ou en accueillant des congrès, mais est aussi présente dans le domaine artistique, en organisant des concerts ou des projections cinématographiques par exemple. Cette extension des activités de la UFRGS m'a particulièrement étonnée, témoignant du rôle prépondérant que joue l'université à Porto Alegre et même au niveau national.

Une expérience universitaire à l'étranger est, je crois, toujours extrêmement enrichissante, tant du point de vue linguistique, culturel et académique, que personnel.

J'apprécie donc particulièrement mon expérience à Porto Alegre et à la UFGRS, que je qualifierai de très fructueuse sur tous les plans et j'essaie d'en profiter le plus possible tant que je suis ici. Ainsi je recommande à tous les étudiants de profiter de cette opportunité s'ils en ont l'occasion au cours de leur cursus universitaire car je ne connais personne qui l'ait regretté. C'est selon moi un aspect qui reste à développer à la UFGRS car cette expérience n'est pas encore à la disposition de tous les étudiants, comme c'est aujourd'hui le cas dans la plupart des universités européennes. Mais la volonté ne manque pas et nul doute que d'ici à quelques années la UFGRS disposera de nouveaux partenariats à l'étranger et aura approfondi ceux qui existent déjà, comme celui qu'elle a signé avec l'IEP de Grenoble qui, selon moi, pourrait être davantage exploité, notamment en ouvrant plus de places.

EXCHANGE STUDIES IN PORTO ALEGRE

Mikaela Kärki

I am a law student at the University of Helsinki, Finland. I have been studying Portuguese for some years already, and last year I finally decided it was time to spend a semester in Brazil. Since my first time in Brazil, in 2005, I wanted to come back and spend a longer time in the country.

My faculty does not have an agreement with a Brazilian university, so I started looking for one on the internet. I found out that there was a good university in Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), and entered in contact with their International Office. Soon I received a reply stating all the documents I had to send in order to be accepted as a visiting student. Not a long time after I had sent my application, I received an e-mail saying that I had been accepted. I also received information about what I should do next, who my tutor was etc. I was really quite impressed with the process!

I was lucky to already have a flat arranged before arriving in Porto Alegre, sharing with two Brazilian students. They really helped me a lot in the beginning, when I did not know anything about the city. My student tutor, Iulia, also was of great help! I was quite lost with all the paperwork, but in the end it was all resolved and I was matriculated in the subjects I wanted.

I have only got two subjects here, since I also plan to work on my masters thesis. I am taking *Direito da Integração* and *Direito Financeiro e Finanças*. And, of course, I also assist the meetings of the study group of professor Claudia Lima Marques, which are always very inspiring! Through the study group, I have been offered various opportunities to assist guest lectures, etc. I find the study group a very good way to learn new things, and to get to know other students and professors. At times, in addition to the lectures and the study group, I also assist the post-graduate specialization course in Public International Law.

Before arriving, I already spoke Portuguese, so I did not find it hard to manage in everyday situations. Of course, I never had the opportunity to actually speak a lot of Portuguese back home, so it took me a while to become fluent. Now, after 2,5 months here, I feel I am managing well. But studying law in a foreign language is sometimes hard, since I am not used to the terminology... One thing that is really good, though, is that here you speak Portuguese with everyone, even with the other exchange students. There are not that many European exchange students here, so you really feel special. The Brazilian students are welcoming and very interested in other cultures. I am hoping to see a student from UFRGS studying at my University in Finland one day!

Porto Alegre is quite different from the other Brazilian cities I had visited before. Here you can really see the European heritage. I find the city an interesting mixture of Latin and European cultures. What I especially like is that the central areas of the city are accessible by foot. I have learned a lot about Brazilian culture during my stay here. In Finland, you mostly hear about beaches, samba and football, but there is actually a lot more to this very diverse country that is Brazil.

LE SYSTÈME BRÉSILIEN DE PROTECTION ET DE DÉFENSE DU CONSOMMATEUR

Étienne Chénier-Lafleche*

Introduction

La défense du consommateur fait figure de droit constitutionnel au sein du système juridique brésilien. Après plus de 20 ans de dictature et dans un contexte où l'économie nationale s'intègre de plus en plus au sein de l'économie mondiale, il fut reconnu que la protection des droits des consommateurs ne cherche pas qu'à rééquilibrer les relations de consommation mais constitue aussi une garantie d'intégration citoyenne. En effet, considérant que l'immense majorité de la population joue, d'une manière ou d'une autre, un certain rôle au sein des relations de consommation, l'importance que fut portée à la protection du consommateur témoigne de la reconnaissance que ce dernier est d'abord et avant tout, citoyen. Ainsi, de façon à mieux comprendre le fonctionnement du système brésilien de protection du consommateur, il sera tout d'abord abordé le processus historique qui en marqua la formation. Par la suite, une attention particulière sera portée à la formation du Code de protection et de défense du consommateur et aux principaux droits garantis par celui-ci. Enfin, un survol des institutions veillant à l'application du code, desquelles se démarquent le Département de protection et de défense du consommateur du Ministère de la justice et les Procons estataux et municipaux, sera effectué.

Survol historique

Le développement du mouvement pour la protection et la défense du consommateur au Brésil fut intimement associé à celui de son économie nationale. En effet, si l'élaboration du Code de protection et de défense du consommateur n'est que très récente, il est à noter que le pays ne présentait les caractéristiques propres à une « société de consommation » que tardivement, au cours des années cinquante.

Ainsi, jusqu'au début des années trente, l'économie brésilienne, soutenue par la culture du café à des fins d'exportations, ne permit pas le développement d'un véritable marché interne ce qui eut pour conséquence de limiter les relations de consommation¹. À cette époque, le Brésil fut, à toute fin pratique, exclu de la révolution industrielle qui avait alors cours en Europe et en Amérique du Nord. En ce qui a trait à la législation en vigueur, malgré l'adoption d'un nouveau Code civil en 1916, les consommateurs ne sont que très indirectement affectés² par sa lente modernisation.

* Université du Québec à Montréal, Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

¹ Marcelo Gomes Sodré, *Formação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 244.

² Fundação Procon de São Paulo, *Histórico – No Brasil*, en ligne: <http://www.procon.sp.gov.br/texto.asp?id=1146> (page consultée le 10 avril 2008).

Toutefois, à compter de l'abolition officielle de l'esclavage en 1888, une société basée sur la consommation commença lentement à voir le jour. Ce phénomène s'appuya sur le processus d'urbanisation qui résulta de l'important mouvement migratoire initié à la faveur de la crise de la main d'œuvre agricole qui suivit le passage de l'esclavagisme au salariat.³

Toutefois, ce n'est qu'à compter de la crise économique et de la Seconde Guerre Mondiale que le Brésil eut l'opportunité de développer son industrie de base et de stimuler véritablement son marché interne. Ainsi, au début des années cinquante, la production industrielle en série marque l'entrée du pays dans la société de consommation. Par conséquent, fut développé entre 1930 et 1960, au sein du droit pénal, une série d'instruments visant à protéger les consommateurs. Toutefois, comme le souligne Marcelo Gomes Sodré, le droit pénal, faisant bien plus figure d'exception que de règle, ne permit pas d'atteindre cet objectif. À cet effet, il souligne que « des questions du quotidien comme la responsabilité civile et la protection contractuelle ne furent l'objet d'aucune initiative. »⁴

À l'aube du retour à la démocratie, marqué par l'arrivée au pouvoir de Juscelino Kubitschek en 1956, le Brésil pouvait alors figurer comme véritable société de consommation. De surcroît, le développement de l'industrie automobile et l'augmentation des investissements internationaux qui marquèrent le mandat de Kubitschek contribuèrent à faire du pays un exportateur de produits manufacturés. Malgré tout, la politique interventionniste suivie par le président Kubitschek et le retour d'un régime autoritaire en 1964 n'altérèrent pas l'influence prédominante qu'avait l'État sur la société.

Conformément à l'omniprésence de l'État, l'évolution du droit de la consommation fut largement influencée par le développement du droit administratif.⁵ Ainsi on assista à la formation de plusieurs systèmes de défense du consommateur, entendu que plusieurs ramifications du pouvoir étatique traitèrent des relations avec les consommateurs, notamment au sein de domaines comme la santé et la concurrence. À cet égard, la fondation de la SUNAB (Bureau national pour la supervision de l'offre) aurait bien pu jouer un rôle central dans la lutte pour la protection et la défense du consommateur, mais, « confondant la défense du consommateur avec le contrôle des prix »⁶, l'organisation n'aura finalement traité que de dossiers mineurs (pourboires dans les restaurants, études sur l'évolution des prix, etc.). Le directeur de la SUNAB a par ailleurs confirmé au cours d'une Commission parlementaire d'enquête que l'organisme n'avait pas comme objectif la protection et la défense des consommateurs.⁷ Par ailleurs, la très grande centralisation de la SUNAB ne favorisa pas le développement d'un système national coordonné et harmonisé, une lacune qui se fit sentir lorsque fut créé un véritable système national de protection du

³ Sodré, p. 244.

⁴ Sodré, p. 246.

⁵ *Idem*, p. 247.

⁶ *Idem*, p. 284.

⁷ Sodré, p. 248.

consommateur. Ainsi, en l'absence d'un véritable interlocuteur en matière de défense des consommateurs au niveau fédéral, plusieurs états mirent sur pied leur propre agence de défense du consommateur (mouvement initié par la fondation du Procon de São Paulo en 1976)⁸ et de nombreuses organisations civiles virent le jour. Toutefois, si le développement de tels organes constitue un net progrès en la matière, en constituant de véritables interlocuteurs étatiques, celui-ci s'est malheureusement fait au détriment d'un système national harmonisé.⁹ Comme le souligne M. Sodré, cette évolution désarticulée du Système national constitue une occasion ratée considérant que la réelle prise de conscience de l'importance de la défense du consommateur eut lieu simultanément au désengagement de l'État en cours lors des années quatre-vingt-dix.¹⁰ Il devenait donc nécessaire de rattraper le temps perdu.

À compter des années quatre-vingt, l'approfondissement de l'intégration de l'économie brésilienne dans le marché global initia plusieurs réajustements du marché interne tels que l'accès facilité au crédit et l'augmentation de la quantité des relations de consommation¹¹. Un important rattrapage en matière de protection des consommateurs est alors initié. En effet, tant le développement de l'industrie, l'influence du mouvement international de défense du consommateur, l'organisation de la société civile, la démocratisation du pays, l'arrimage du marché interne au marché international et l'intérêt manifesté par les grandes multinationales contribuèrent à cette évolution.¹² Par conséquent, tant au niveau législatif qu'au niveau de la maturité de la société civile, le Brésil fit un grand bond en avant.

Ainsi, à la faveur du retour à la démocratie en 1985, plusieurs entités de défense et de protection du consommateur virent le jour. Notons par exemple la création en 1985 du Conseil National de Défense du Consommateur (forum de discussion et d'implémentation des politiques publiques pour la défense du consommateur), la fondation de l'Institut brésilien de défense du consommateur (IDEC) en 1987, l'inclusion dans la nouvelle Constitution de 1988 d'articles traitant spécifiquement de la défense du consommateur, et, l'adoption en 1990 du Code de Protection et de Défense du Consommateur (CDC). Ce dernier prévoit explicitement la création d'un Système National de Défense du Consommateur. Bref, malgré une lente organisation du Système National, nous devons constater le remarquable progrès effectué depuis les vingt dernières années.

⁸ Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania, *PROCON - 25 anos*, São Paulo, Governo do Estado de São Paulo, 2001, p. 15.

⁹ Sodré, p. 249.

¹⁰ *Idem*, p. 250.

¹¹ Rogério Medeiros Garcia de Lima, *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 32.

¹² Sodré, p. 252.

Code de protection et de défense du consommateur

Formation

L'adoption de la Constitution fédérale de 1988 initia une nouvelle ère en matière de protection et de défense du consommateur. En effet, au sein de l'article 5 énumérant les droits fondamentaux, on affirme au paragraphe XXXII que « l'État fera la promotion, au moyen d'une loi, de la défense du consommateur »¹³. Par ailleurs, le paragraphe V de l'article 170 affirme que la défense du consommateur constitue l'un des piliers de l'ordre économique du pays.¹⁴ Enfin, il fut spécifié à l'article 48 de l'Acte des dispositions constitutionnelles transitoires que « le Congrès National, dans un délais de cent vingt jours suivant la promulgation de la Constitution, élaborera un code de défense du consommateur. »¹⁵ C'est ainsi que fut adopté, le 11 septembre 1990, la loi 8 078, le Code de protection et de défense du consommateur (CDC). En harmonie avec ses fondations constitutionnelles, le Code « établit des normes de protection et de défense du consommateur, d'ordre publics et d'intérêt social. »¹⁶

Ainsi, comme le souligne Claudia Lima Marques, l'État a le devoir, conformément à la Constitution, de s'assurer que tant les autorités judiciaire, législative qu'exécutive veillent, en prenant les dispositions appropriées, à la défense des intérêts des consommateurs. La protection du consommateur, droit fondamental au sein de l'ordre juridique brésilien, doit non seulement se matérialiser par une protection contre les actes de l'État mais aussi de façon positive et affirmative par l'État de manière à protéger le consommateur adéquatement dans ses relations privées. Bref, la protection du consommateur, en tant que droit fondamental, doit être respecté conformément aux normes infraconstitutionnelles (telles que le CDC) et aux exigences issues du concept de dignité humaine (tel que reconnu au sein de la Constitution).¹⁷

Ainsi, selon Mme. Lima Marques, l'inclusion de la protection du consommateur dans la Constitution de 1988 « est la garantie institutionnelle de l'existence et de l'effectivité du droit du consommateur au Brésil. »¹⁸ De manière plus générale, l'inclusion du droit du consommateur dans la constitution brésilienne marquerait la reconstruction du droit privé brésilien selon des principes davantage sociaux créant ainsi un « droit privé solidaire. »¹⁹ À cet égard, José Geraldo Brito Filomeno affirme que le système de protection du consommateur est bien plus qu'un ensemble de norme mais constitue un outil destiné à l'exercice de la citoyenneté. Ainsi, le CDC se veut être un microsystème juridique incluant des principes qui lui

¹³ Constituição da República Federal do Brasil du 5 octobre de 1988, article 5, paragraphe XXXII

¹⁴ Constituição da República Federal do Brasil du 5 octobre de 1988, article 170, paragraphe V

¹⁵ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias du 5 octobre de 1988, article 48.

¹⁶ Constituição da República Federal do Brasil du 5 octobre de 1988, article 1.

¹⁷ Antônio Herman Benjamin, Claudia Lima Marques, Leonardo Roscoe Bessa, *Manual de Direito do Consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 26.

¹⁸ *Idem*, p. 27.

¹⁹ *Ibid*

sont propres (vulnérabilité du consommateur et destinataire final des produits et services), de nature interdisciplinaire (amalgamant droit constitutionnel, civil, pénal, administratif) et multidisciplinaire.²⁰

Principales dispositions du CDC

Tout d'abord, au sein du second article, le consommateur est défini comme « toute personne physique ou juridique qui acquiert ou utilise un produit ou un service en tant que destinataire final. »²¹ Quant à l'interprétation du concept de destinataire final, l'interprétation finaliste fut adoptée par le STJ (Tribunal Suprême de Justice), le DPDC (Département de protection et de défense du consommateur du Ministère de la Justice) et la Fondation Procon de São Paulo, entre autres institutions. Ainsi, la notion de consommateur est circonscrite « à celui qui acquiert (utilise) un produit pour son usage personnel et celui de sa famille; le consommateur ne serait pas un professionnel puisque, selon le CDC, doit être considéré titulaire un groupe de la société en position de vulnérabilité. »²²

Dans un deuxième temps, l'article 2 affirme que seront considérés comme consommateurs les individus ou la collectivité qui, même s'il est impossible de déterminer sa composition, sont intervenus dans une relation de consommation.²³

Par ailleurs, notons que le CDC indique clairement, au sein de son article 4, les objectifs de la Politique nationale de relation de consommation soit, « de répondre aux besoins des consommateurs, de respecter leur dignité, leur santé et leur sécurité, de protéger leurs intérêts économiques, d'améliorer leur qualité de vie, ainsi que de rendre les relations de consommation transparentes et harmonieuses. »²⁴ Afin d'atteindre ces objectifs, le CDC établit une liste de principes de base : la reconnaissance de la vulnérabilité du consommateur (art. 4. I), la défense du consommateur par l'entremise des politiques étatiques (art. 4. II et VIII), la bonne foi objective et l'équilibre dans les relations entre les participants (art 4. III), l'information et l'éducation (art. 4. IV), le principe de qualité et de sécurité (art. 4. V et VII) et le principe de combat aux abus (art. 4 VI).

Toutefois, comme le souligne Mme. Lima Marques, après avoir reconnu constitutionnellement le consommateur et sa vulnérabilité, il était nécessaire pour l'État de définir une série de droits fondamentaux afin de s'acquitter de son devoir de protection.²⁵ Ainsi, le droit à la vie, à la santé et à la sécurité, sans aucun doute le plus important, est énoncé au premier paragraphe de l'article 6. À cet égard, souligne

²⁰ José Geraldo Brito Filomeno, *Manual de Direitos do Consumidor*, São Paulo, Editora Atlas S.A., 2005, p. 10.

²¹ Loi 8 078 du 11 septembre de 1990, *Código de Defesa do Consumidor*, article 2.

²² Claudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin, Bruno Miragem, *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 84.

²³ *Código de Defesa do Consumidor*, article 2.

²⁴ *Código de Defesa do Consumidor*, article 4.

²⁵ Benjamin, Marques, Bessa, p. 55.

Mme. Lima Marques, le CDC brise la séparation établie entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle puisque tous les maillons de la chaîne productive sont responsables de la sécurité du consommateur.²⁶

Le paragraphe II de l'article 4 traite quant à lui du droit du consommateur à choisir librement. Afin de renforcer ce droit, plusieurs articles abordent les questions relatives aux relations précontractuelles et à la publicité et, conscient de l'agressivité des nouvelles techniques de commercialisation, mettent l'accent sur le droit à l'information et sur le droit à un délais de réflexion.²⁷

Le droit à l'information figure comme troisième droit garanti par le CDC. Ainsi, en vertu du troisième paragraphe de l'article 6, le consommateur doit pouvoir compter sur des informations claires et adéquates. Le Code spécifie que les informations quant à la quantité, à la composition, à la qualité, au prix et aux risques inhérents à la consommation du produit ou du service doivent être mentionnés. À cet égard, Mme. Lima Marques, souligne l'absolue nécessité de la norme afin d'équilibrer la relation de consommation entre le commerçant, expert en la matière, et le consommateur, en position de vulnérabilité. Elle ajoute que les dispositions incluses dans ce paragraphe régissent tant l'étape précontractuelle, que le moment de l'adhésion et les événements post-contractuels.²⁸ Pour leur part, les auteurs de l'avant-projet de loi 8 078 (CDC) soulignent que ce paragraphe est destiné à détailler le paragraphe antérieur traitant de la liberté de choix du consommateur.²⁹

Dans un quatrième temps, la « protection contre la publicité trompeuse et abusive, les méthodes commerciales coercitives et déloyales, tout comme contre les pratiques et les clauses abusives ou imposées sur l'offre de produits et de services » est assuré par l'article 6 du CDC. Développé plus en détail au sein des articles 30 à 38, mentionnons brièvement que tout message publicitaire se doit d'être véridique, de dévoiler les principaux attributs des produits et services en question, ne doit pas omettre d'attribut essentiel, d'être sobre et de respecter les normes d'éthique.³⁰ Pour sa part, Mme. Lima Marques défend que le quatrième paragraphe confirme le fait que la bonne foi, ici par l'entremise du caractère impératif de la transparence, constitue le principe fondateur du CDC.³¹ Notons aussi, que le principe de l'interprétation de la manière la plus favorable au consommateur est institué au sein du Code.³²

Par la suite, le consommateur s'est vu attribuer le droit de modifier les clauses d'un contrat qui, même si elles ne sont pas abusives, établissent des prestations excessivement onéreuses ou qui, en raison d'un événement extérieur, le serait devenu. En ce sens, la juge Nancy Andriighi a établi, dans une décision du STJ suite aux

²⁶ *Idem*, p. 56.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Benjamin, Marques, Bessa, p. 56.

²⁹ José Geraldo Brito Filomeno, *Defesa do Consumidor*, Forense universitária, Rio de Janeiro, 2005, p. 138.

³⁰ Filomeno, *Manual de Direitos do Consumidor*, p. 178.

³¹ Benjamin, Marques, Bessa, p. 57.

³² Filomeno, *Defesa do Consumidor*, p. 139.

problèmes survenus suite à la dévaluation du Réal dans le cas de contrats libellés en dollars américains, que les consommateurs n'avaient pas à faire la preuve du caractère imprévisible de l'évènement puisque qu'il « suffit de démontrer de façon objective l'onérosité excessive du contrat pour le consommateur. »³³ De plus, contrairement à ce qui est explicité au sein du Code civil de 2002, le consommateur, en vertu du CDC, n'a pas à démontrer que le commerçant retire d'énormes avantages de ces clauses. Selon Mme. Lima Marques, ces dispositions peuvent étre expliquées par le principe de bonne foi dans l'objectif que l'une des deux parties ne se voit ruinée.³⁴ L'importance de cet article est considérable dans un contexte où la législation brésilienne ne permet pas aux personnes physiques de recourir à la faillite. Ainsi, en vertu de cet article est mis de l'avant le devoir de renégociation des professionnels dans les cas de consommateurs surendettés.³⁵

Par la suite, le sixième paragraphe de l'article 6 établit que les dommages patrimoniaux, moraux, individuels, collectifs et diffus devront étre prévenus et réparés de façon effective. Le paragraphe suivant, quant à lui, garantit l'accès aux institutions judiciaires et administratives afin de prévenir et de réparer quelconque préjudice. En ce qui a trait à la prévention, soulignons l'importance du système de rappel, coordonné par le Département de protection et de défense du consommateur du Ministère de la justice à Brasília.³⁶ Il est spécifié au sein de l'article 10 du CDC que les rappels doivent étre effectués par l'entremise de la presse, de la radio et de la télévision, aux frais du fournisseur. Quant aux autorités étatiques, il est en leur devoir de superviser efficacement l'entrée de nouveaux produits sur le marché, au moyen des agences régulatrices par exemple (surveillance sanitaire, etc.). En ce qui a trait à la réparation des dommages subis, il est nécessaire que soit mis à la disposition du consommateur des recours modernes et efficaces. La possibilité que soient menés des recours collectifs est prévue dans la législation afin de faire respecter les intérêts « diffus » et « collectifs ».³⁷

Au sein du septième paragraphe, le législateur veille à faciliter la défense des droits des consommateurs lorsque ceux-ci mettent de l'avant des allégations qui semblent véridiques ou sont « hyposufficients » en procédant à l'inversion du fardeau de la preuve. Ainsi, il est dans l'esprit du CDC de faciliter la défense du consommateur lorsqu'il est difficile pour le consommateur, considérant sa vulnérabilité, d'apporter une preuve en raison de sa haute technicité par exemple alors qu'il est plus facile pour le professionnel de démontrer le contraire. Ainsi, d'après Mme. Lima Marques, « exiger une preuve négative de la part du consommateur revient à l'obliger à payer deux fois pour le profit du professionnel dans le cadre d'activités comportant des

³³ Recurso Especial 268.661/RJ, rapport de la juge Nancy Andighi du 19/11/2001.

³⁴ Benjamin, Marques, Bessa, p. 59.

³⁵ Claudia Lima Marques, « Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo ». São Paulo, Revista de Direito do Consumidor no. 56 (octobre-décembre 2005), p. 22.

³⁶ Leonardo Roscoe Bessa; Walter José Faiad de Moura, *Manual de Direito do consumidor*, Brasília, Ministério da Justiça, 2008, p. 61.

³⁷ Filomeno, *Defesa do Consumidor*, p. 141.

risques : pour le prix payé tout comme pour les dommages subis. »³⁸ Dans un deuxième temps, le législateur prévoit que le consommateur hyposuffisant, « terme emprunté par les auteurs du projet de loi à la doctrine du droit du travail qui considère le détenteur de la force de travail économiquement fragile face au détenteur du capital, son employeur, qui détient le pouvoir de subordination »³⁹, bénéficie aussi du renversement du fardeau de la preuve. Par ailleurs, l'article 2 de la loi 1060 de 5.2.50 associe l'hyposuffisance au « besoin » en affirmant que « doit se considérer en état de besoin, pour des fins légales, tous ceux dont la situation économique ne leur permet pas de payer les coûts du processus judiciaire et les honoraires de l'avocat, sans préjudice à sa capacité à se soutenir financièrement lui ou sa famille. »⁴⁰

Enfin, le dixième paragraphe garantit au consommateur le droit à obtenir de façon adéquate et efficace les services publics. Ainsi, il n'est faite aucune distinction quant à la nature des services essentiels en question, qu'ils soient « publics; ex-publics, privatisés [...] »⁴¹ Ainsi, même dans le cas de services faisant l'objet d'une concession au secteur privé, les activités de ces entreprises sont toujours régies par le CDC lesquelles doivent se conformer à leur devoir de ne pas interrompre le service en question.⁴²

Système national de défense du consommateur

Comme l'affirme M. Walder José Faiad de Moura, l'harmonisation des intérêts impliqués dans les relations de consommation, objectif de la Politique nationale des relations de consommation (PNRC), « réside en la matérialisation de la bonne foi dans sa triple émanation, de transparence, d'information et de confiance, afin, de manière diffuse et transversale, d'intégrer tous les agents du marché et le pouvoir étatique en un ensemble fonctionnant en synergie de façon à venir à bout de la marginalisation du consommateur. »⁴³ De façon à favoriser cet objectif d'harmonisation et de favoriser l'application de la PNRC, fut adoptée le 20 mars 1997 le décret 2181 traitant de l'organisation du Système national de défense du consommateur (SNDC).

Sont membres du Système « le Secrétariat de droit économique du Ministère de la justice – SDE, par l'entremise de son Département de protection et de défense du consommateur – DPDC et toutes les autres entités fédérales, des états composant la fédération, du District Fédéral, municipales et civiles de défense du consommateur. »⁴⁴ Concrètement, le DPDC, les Procons, le Ministère public, l'aide judiciaire (*Defensoria Pública*), les autorités policières en matière de consommation (*Delegacia de Defesa do Consumidor*), les tribunaux des petites créances, les ONGs et les agences régulatrices font tous partie du SNDC.

³⁸ Benjamin, Marques, Bessa, p. 62.

³⁹ Filomeno, *Defesa do Consumidor*, p. 148.

⁴⁰ *Idem*, p. 149.

⁴¹ Benjamin, Marques, Bessa, p. 62.

⁴² *Idem*, p. 63.

⁴³ Walter José Faiad de Moura, « O Dever de Educar ». São Paulo, Revista de direito do Consumidor, no. 60 (octobre-décembre 2006), p. 218

⁴⁴ Décret 2182 du 20 mars de 1997, article 2

Département de protection et de défense du consommateur

Ainsi, suite au décret 2181, fut créée au sein du Ministère de la justice le DPDC afin de planifier, d'élaborer, de coordonner et d'exécuter la Politique nationale de protection et de défense du consommateur.⁴⁵ Même s'il a comme mission de coordonner la politique nationale, il n'existe aucun lien hiérarchique entre le DPDC et les entités des états, en raison des articles 25 et 30 de la Constitution de 1988 garantissant l'autonomie de celles-ci dans leur champs de compétence. D'un autre côté, il incombe au DPDC de gérer le Système national d'informations sur la défense du consommateur (SINDEC). Sont compilées au sein du SINDEC les données quant au profil et aux réclamations des consommateurs. Bref, le SINDEC permet aux entités publiques de développer des politiques de défense du consommateur plus efficaces et tend à équilibrer les relations de consommation en mettant à la disposition des consommateurs des informations de première importance à propos des fournisseurs contrevenant au CDC.⁴⁶

Procons

Entités de défense du consommateur présentes au sein des états et de municipalités, les Procons ont comme objectif d'appliquer la législation consumériste, notamment par l'entremise de sanctions administratives. En plus des Procons liés à chacun des 26 états et du Procon actant dans le District Fédéral, il existe plus de 600 Procons municipaux (le Brésil compte plus de 5000 municipalités).

En plus d'appliquer les sanctions administratives suite à des activités de fiscalisation du marché, les Procons peuvent être appelés à participer à l'élaboration de mesures législatives, jouent un rôle clé pour l'éducation des consommateurs, par l'entremise de conférences et de publications, et mènent des recherches portant sur le marché de consommation.⁴⁷

Les Procons sont aussi habilités à recevoir les plaintes des consommateurs qui, au lieu d'initier une action judiciaire, peuvent opter pour une séance de conciliation menée par le Procon. À cet égard, selon le modèle du Procon de São Paulo, le consommateur peut lui faire parvenir sa plainte par courrier, par fax ou en personne afin de lui permettre, après en avoir confirmé le bien-fondé, d'entrer en contact avec le commerçant ou le fournisseur de biens ou de services dans le but d'en venir à une entente. Dans le cas où le consommateur ne serait pas satisfait par la première intervention du Procon auprès du commerçant, une séance de conciliation est menée dans le but de parvenir à un compromis. Une fois une entente conclue, celle-ci a la valeur d'une décision judiciaire. Si toutefois aucun compromis n'est atteint, le consommateur devra se présenter devant le tribunal des petites créances afin de permettre à un juge de trancher de l'affaire. Ce processus

⁴⁵ Décret 2 182, article 3, paragraphe 1.

⁴⁶ Ministério da Justiça, *Direito do Consumidor – SINDEC – Apresentação*, en ligne: <http://www.mj.gov.br/dpdc/> (page consultée le 10 avril 2008).

⁴⁷ Fundação PROCON de São Paulo, *Objetivos*, en ligne: <http://www.procon.sp.gov.br/categoria.asp?id=206/> (page consultée le 4 avril 2008).

a pour qualité de favoriser l'accès à la justice et de contribuer à ce que ses droits soient effectivement respectés. D'un autre côté, afin d'obtenir des informations quant à leurs droits, les consommateurs peuvent entrer en contact avec le Procon par téléphone et par courriel. À titre d'exemple, le Procon de São Paulo a reçu au cours de l'année 2007 plus de 515 000 demandes par l'entremise de tous les moyens mis à la disposition des consommateurs. En ce qui a trait aux interventions du Procon auprès des commerçants ou des fournisseurs suite aux plaintes de consommateurs, une entente fut atteinte dans 63% des cas (14 359) tandis que 37% des plaintes n'ont mené à aucune entente (8472). Il est à noter que les services essentiels (31,12%), les produits de consommation (29,98%) et les questions financières (25,07%) furent l'objet de la majorité des plaintes des consommateurs.⁴⁸ Pour leurs parts, les 212 Procons municipaux de l'état de São Paulo furent consultés à plus de 750 000 au cours de l'année 2007. La Fondation Procon de São Paulo emploie plus de 450 fonctionnaires tandis que l'on en compte près de 600 au sein des Procons municipaux de l'état de São Paulo.⁴⁹

Autres entités

Quant au Ministère public, il a comme attribution de mener les actions judiciaires dans l'intérêt de la collectivité. Ainsi, constatant une atteinte à l'un des droits collectifs des consommateurs, le Ministère public peut intenter une action contre le commerçant fautif. Considérant que le Ministère public n'a pas comme attribution la défense des intérêts individuels des consommateurs, c'est à la *Defensoria Pública* (aide juridique), qu'il revient d'assurer la défense des individus dans le besoin. Dans la plupart des cas, les cas sont entendus devant les tribunaux des petites créances (*juizados especiais civis*). Enfin, advenant une infraction pénale, c'est à la *Delegacia de Defesa do Consumidor* que revient le devoir d'enquêter et d'acheminer le dossier au pouvoir judiciaire (Ministère public ou institutions judiciaires pertinentes).⁵⁰

Conclusion

La promotion de la défense du consommateur fut constamment confrontée à une série de défis qui, heureusement, n'empêchèrent pas la création de solides fondations législatives et d'une panoplie d'organisations fort prometteuses. Si le CDC ne répond pas à tous les problèmes auxquels doivent faire face les consommateurs, pensons à l'absence de la faillite pour les personnes physiques, il reste néanmoins un outil sur lequel peut solidement se baser le Système national de protection du consommateur dans ses actions et son

⁴⁸ Fundação PROCON de São Paulo, *Cadastro de Reclamações fundamentais: 2007*, São Paulo, Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, 2008, p. 2.

⁴⁹ Entrevue avec Robson Santos Carlos, Département des relations institutionnelles de la Fundação PROCON de São Paulo, 8 avril 2008.

⁵⁰ Bessa et Moura, p. 23.

développement futur. Quant aux institutions veillant à l'application et au développement du code, il ne fait pas de doute que le travail acharné des personnes les composant contribuera à fortifier encore davantage ces formidables outils et contribuera à faire gagner le Système national en harmonie et en efficacité. Bref, l'architecture avant-gardiste du système brésilien de défense du consommateur, notamment quant à son code et aux institutions le composant, doit légitimement figurer comme exemple à suivre pour la création ou la consolidation des autres systèmes nationaux.

RAPPORT DE STAGE

AU GROUPE DE RECHERCHE SUR LE MERCOSUL ET LES DROITS DES CONSOMMATEURS-UFRGS

Hughes Brisson¹

Sur le chemin de la vie en général comme sur celui de la vie académique, l'expérience de stage fait partie de notre formation et de notre croissance personnelle. Le stage donne la chance à l'étudiant de plonger plus profondément dans le domaine dans lequel il étudie depuis déjà quelques années, lui permettant ainsi de confronter les connaissances acquises à l'université avec la réalité tout en complétant son apprentissage par le biais d'une expérience pratique, plus concrète. De plus, le stage est une expérience formatrice en ce qu'il permet à l'étudiant d'entrer directement en contact avec des personnes oeuvrant déjà dans un domaine particulier et de bénéficier d'une expérience professionnelle déjà établie ; de cette façon l'étudiant profite des divers contacts que l'expérience de stage mettra sur son chemin.

J'aimerais profiter de l'espace qui m'est offert pour relater mon expérience de stage au Brésil afin d'attirer votre attention sur le fait qu'il existe plusieurs options intéressantes dans ce pays pour venir y faire un stage ou un échange étudiant. J'espère aussi, par le présent rapport, vous montrer que Porto Alegre et l'*Universidade Federal do Rio Grande do Sul* (UFRGS) représentent des bases idéales pour développer une telle expérience académique à l'étranger. Je viens de Montréal, métropole québécoise et je suis sur le point de compléter mes études de premier cycle universitaire dans un cours qui s'intitule «Relations internationales et Droit international» à l'université du Québec à Montréal (UQAM). Je suis arrivé à Porto Alegre au cours du mois de mai 2007 dans le but d'y faire une expérience de stage ainsi qu'un échange étudiant durant un trimestre académique. Comme mon collègue, Etienne Chenier-Lafleche, a hérité de la tâche de vous faire rapport sur l'expérience d'études à l'étranger, je concentrerai donc ce rapport sur mes expériences en tant que stagiaire au Brésil.

Mon expérience de stage fut rendue possible grâce à l'aide de précieuses personnes qui ont grandement facilité mon expérience à Porto Alegre. En effet, c'est le Professeur Thierry Bourgoignie de l'UQAM, qui connaissait la Professeure Claudia Lima Marques de la UFRGS, qui me permit d'entrer en contact avec elle afin qu'elle m'invite à Porto Alegre pour y faire un stage auprès d'elle. Ainsi, M. Bourgoignie croyait que je pourrais profiter d'une expérience fructueuse pour enrichir fortement mes connaissances sur le droit de la consommation, sur le droit international et sur l'univers académique brésilien.

¹ Étudiant de Relations Internationales et Droit International à l'Université du Québec à Montréal.

Au départ, nous nous entendîmes sur le fait que mon stage aurait lieu au sein du Groupe de Recherche sur le Mercosul et les droits des consommateurs, une unité de recherche de la UFRGS coordonnée par Mme Claudia Lima Marques. Mais, finalement, cette entente allait gagner en ampleur en se développant en de multiples stages connexes, me permettant ainsi de m'enrichir grâce à des expériences et à l'acquisition de connaissances des plus diverses. Ainsi, j'espère attirer votre attention sur les nombreuses et vastes options de stages qui s'offrent aux étudiants étrangers dans ce pays si diversifié et merveilleux, tout comme sur l'effervescence qui y existe dans des disciplines telles que le Droit et les sciences politiques.

Parmi les tâches que j'ai faites pour le groupe de recherche, j'aimerais mentionner les quelques traductions d'articles scientifiques sur la protection du consommateur, lesquelles m'aident de façon importante à perfectionner ma maîtrise de la langue portugaise brésilienne tout comme du Droit de la consommation. De plus, j'ai aidé quelques étudiants participant au groupe de recherche dans leur apprentissage du français. De plus, Mme Lima Marques m'invita à assister à plusieurs cours de second cycle et de spécialisation. Ainsi, je fus invité à assister au cours de Droit international privé et Droit international de l'environnement ainsi qu'au cours de Droit international de la consommation donnés par la Professeure Claudia Lima Marques à la UFRGS en plus du cours de Droit international et national de l'environnement donné par la *AJuris*, l'école de magistrature de Porto Alegre. Ces invitations furent fort intéressantes pour moi car elles me donnèrent la chance de me familiariser avec le cheminement et le fonctionnement académique brésilien, tout en me permettant d'apprendre énormément sur des disciplines qui m'intéressaient grandement mais que je connaissais encore peu à l'époque.

Ensuite, la Professeure me donna une autre tâche particulière, laquelle allait prendre une importance toute spéciale au cours des mois suivants : elle me demanda de réviser la version française de la Proposition brésilienne pour une Convention interaméricaine sur la protection des consommateurs, présentée par la délégation brésilienne dans le cadre des négociations entourant la CIDIP-VII (Conférence interaméricaine de droit international privé) au sein de l'OEÁ (Organisation des États Américains). Cette tâche suscita chez moi un vif intérêt car elle représentait un point de rencontre entre plusieurs de mes intérêts personnels. En effet, en plus de traiter le droit international et la protection des consommateurs, elle me permit de voir de plus près comment les nouveaux instruments juridiques internationaux sont négociés, conçus et adoptés. La Professeure Lima Marques, qui fut l'auteur de ce projet initial de texte international, apprécia grandement mon travail de révision et vit d'un bon oeil mon intérêt envers le sujet. Ainsi, suite à la satisfaction que mon travail suscita, le Ministère de la Justice du Brésil m'offrit un stage afin que je puisse aider le gouvernement brésilien dans la traduction des versions subséquentes de la proposition brésilienne, dans leurs stratégies de négociations et dans l'analyse de la position canadienne dans les négociations entourant la CIDIP-VII.

Ainsi, j'eus la chance de passer deux semaines au DPDC (Département de la Protection et de la Défense des Consommateurs – *Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor*), organe de la Section du Droit Économique du Ministère de la Justice brésilien à Brasília. Ceci fut pour moi une expérience extraordinaire. Tous les jours, comme à l'Université, j'eus la

chance de côtoyer des fonctionnaires publics idéalistes, passionnés pour leur travail, travaillant avec cœur dans le but d'améliorer la vie des Brésiliens par l'entremise du Droit. J'ai beaucoup appris durant ces deux semaines en acquérant de nouvelles connaissances et une plus profonde compréhension sur des questions transcendant les sujets des négociations internationales, de la vie académique et de la protection des consommateurs, tout en comprenant davantage les subtilités du système juridique et des institutions politiques du Brésil. Je m'engageai dans ces tâches comme je le fais toujours et on apprécia tellement mon travail qu'on me demanda de revenir afin de travailler davantage avec eux. Ainsi, suite à mon semestre en tant qu'étudiant étranger en échange à la UFRGS, j'ai eu la chance de retourner à Brasília afin d'ajouter trois mois à mon expérience de stagiaire au Ministère de la Justice. Ces trois mois furent très formateurs et valorisants pour moi et me permirent d'aider l'équipe du DPDC sur divers sujets en leur servant de conseiller en droit comparé et en droit international. De cette façon, mon travail servit à leur amener de nouvelles idées, basées sur les expériences vécues dans d'autres pays au sujet de diverses problématiques devant à tout prix être réglées au Brésil, telles que le droit à l'eau potable, la publicité s'adressant aux enfants ou encore la réglementation du service à la clientèle.

Une autre partie intéressante de mon expérience de stagiaire au Brésil fut possible grâce à la tutelle de M. Bourgoignie et de Mme Lima Marques. En effet, le Professeur Bourgoignie organisa une Conférence sur la Protection des Consommateurs dans les systèmes régionaux économiquement intégrés qui eut lieu à Montréal les 18 et 19 octobre 2007. Comme j'avais déjà travaillé avec M. Bourgoignie sur ce projet durant sa phase initiale, celui-ci décida de m'inviter à revenir au Québec durant la semaine de la Conférence afin que je puisse apporter mon aide à l'organisation, à la tenue et à la logistique de cet événement. Ainsi, en plus de pouvoir m'enrichir en assistant aux divers exposés qui composèrent cette Conférence, j'eus la chance d'apporter mon aide à l'organisation d'une conférence internationale, ce qui m'apporta une expérience nouvelle, importante et non négligeable au sein d'un parcours académique universitaire. Lors de la Conférence, la plus grande délégation était celle du Brésil. Il fut extrêmement intéressant pour moi de recevoir et de guider des collègues brésiliens dans ma ville natale et dans l'Université que je fréquente et envers laquelle je ressens un fort lien d'appartenance. De plus, grâce à ma participation à cet événement, je pus rencontrer et nouer des liens avec des spécialistes et des experts du droit de la consommation du monde entier.

Ce court rapport de stage ne réussit pas à apporter un portrait précis de mes activités de stagiaire au Brésil, tout comme l'espace qui m'est offert ne suffit pas à montrer avec exactitude l'ampleur de ces expériences et tout ce qu'elles ont pu m'apporter au niveau académique et personnel. En fait, j'aurais besoin de plusieurs pages additionnelles afin de pouvoir entrer davantage dans les détails et pouvoir faire part des nombreux autres congrès et exposés enrichissants auxquels j'ai assisté, des rencontres et des liens noués si variés que j'ai pu établir avec de nombreux professionnels, académistes et spécialistes, des nombreuses visites formatrices d'institutions brésiliennes auxquelles je fus invité ou encore des autres tâches valorisantes et stimulantes que j'eus la chance d'effectuer et qui complétèrent mon expérience de stagiaire académique au

Brésil. Mais je puis vous assurer que toutes ces activités et tâches auxquelles j'ai participé font que mon séjour au Brésil s'est révélé être de loin supérieur aux attentes que j'avais lors de mon arrivée dans ce pays. Grâce aux professeurs mentionnés, grâce à la position de tête qu'occupe la UFRGS dans plusieurs domaines du Droit et des sciences sociales et grâce à la façon particulière brésilienne de permettre le développement des choses à mesure qu'elles avancent, plutôt que de ne s'en tenir qu'aux plans initiaux, mes expériences de stage au Brésil ont complété de façon importante ma formation académique en l'enrichissant de diverses expériences pratiques et de plusieurs nouvelles connaissances dans plusieurs domaines différents.

Aujourd'hui, je regarde l'avenir avec un regard empreint d'optimisme car je sais que ce stage me fut fort fructueux et que, sans aucun doute, il m'aidera et me renforcera pour affronter les prochaines étapes de mes cheminements académique, professionnel et personnel. Outre le nouvel enrichissement personnel que ces expériences m'ont permis d'obtenir, je sais que celles-ci seront fortement reconnues et valorisées au sein du monde académique et qu'elle me permettront ainsi de renforcer ma légitimité et de témoigner de mon vif intérêt envers les domaines qui m'intéressent. Ceci m'aidera à plonger dans des études de deuxième cycle pour accéder à des études plus profondes sur le Brésil, le droit international, le droit de la consommation et les relations internationales. Il ne fait aucun doute pour moi que ces expériences, en plus de leur forte importance dans ma formation académique, resteront en moi pour ma vie entière.

Mon intention, avec ce texte, est de vous montrer à quel point mon stage au Brésil me fut fructueux et comment ce pays présente plusieurs opportunités de stage et d'études pour les étrangers. J'espère ainsi avoir réussi à susciter l'intérêt chez quelques-uns d'entre vous par rapport à la richesse des possibilités ainsi qu'à la pertinence de choisir le Brésil (et l'UFRGS) pour y faire un stage ou une expérience d'échange étudiant.

J'aimerais terminer ce court rapport en remerciant particulièrement le Professeur Bourgoignie de l'UQAM pour avoir su m'ouvrir la porte de ce stage, la Professeure Claudia Lima Marques pour son accueil chaleureux et pour les multiples occasions qu'elle m'a offertes ainsi que M. Ricardo Morishita Wada, directeur du DPDC, pour m'avoir invité à participer aux activités du Ministère de la Justice. Je leur offre mes plus sincères remerciements pour leur générosité, pour m'avoir fait confiance en m'offrant des tâches valorisantes et enrichissantes et de multiples défis à relever, ainsi que pour m'avoir permis de vivre des expériences si enrichissantes.

**CONCILIER EST LÉGAL (CNJ)¹ –
LE PROFIL DU CONSOMMATEUR SURENDETTÉ ET
LE PROJET-PILOTE DU POUVOIR JUDICIAIRE BRÉSILIEN**

Káren Rick Danilevicz Bertoncello² et Clarissa Costa de Lima³

Résumé

L'absence de tutelle légale destinée au traitement des situations de surendettement au Brésil et l'augmentation des individus et de noyaux familiaux assaillis par ce facteur d'exclusion sociale, à l'exemple des résultats obtenus par la recherche réalisée dans le Programme de Post Graduation de L'Universidade Federal do Rio Grande do Sul, avec la coordination du Prof. Dr. Cláudia Lima Marques, ont justifié l'instauration du projet-pilote dans deux comarcas de l'État du Rio Grande do Sul (Charqueadas et Sapucaia do Sul). Ce projet-pilote objective la réinsertion sociale du consommateur surendetté, vers la conciliation paraprocessuel e ou processuelle, obtenue dans les audiences de renégociation avec la totalité de ses crédetes. Les audiences sont présidées par un Juge de Droit, qui propose la renégociation avec chaque crédetes dans la même solennité à partir des conditions personnelles du surendetté et en respectant la préservation de son minimum vital.

La procédure élaborée pour le projet-pilote s'est inspiré du modèle européen de rééducation, car ce modèle a accentué l'aspect pédagogique comme forme de prévention et de traitement du surendettement, en observant les principes de la Politique Nationale des Relations de Consommation, établis dans l'article 4^e du Code de Défense du Consommateur.

¹ Conseil National de Justice

² Magistrat du Rio Grande do Sul (Comarca de Charqueadas), spécialiste en Droit Civil de L'Universidade Federal do Rio Grande do Sul, maître en Droit Privé de L'Universidade Federal do Rio Grande do Sul, intégrante du Noyau de Recherche sur le Surendettement, coordonné par le Prof. Dr. Cláudia Lima Marques, co-coordinatrice du Département de Droit du Consommateur au Centre des Études de l'École de la Magistrature (AJURIS).

³ Magistrat du Rio Grande do Sul (Comarca de Sapucaia do Sul), spécialiste en Droit du Consommateur de L'Universidade de Coimbra, maître en Droit Privé de L'Universidade Federal do Rio Grande do Sul, intégrante du Noyau de Recherche sur le Surendettement, coordonné par le Prof. Dr. Cláudia Lima Marques, co-coordinatrice du Département de Droit du Consommateur au Centre des Études de l'École de la Magistrature (AJURIS), Directeur de la Comissão Permanente du Consommateur du Crédit (BRASILCON).

Associação Luso-Alemã de Juristas se reunirá pela primeira vez no Brasil em 2009

No seu último encontro em Lisboa, ocorrido em novembro de 2007, a Associação Luso-Alemã de Juristas (*Deutsch-Lusitanische Juristenvereinigung – DLJV*) decidiu reunir-se, pela primeira vez, no Brasil no ano de 2009. A Associação tem por objetivo o estudo da cultura jurídica dos países de língua portuguesa e o fomento do intercâmbio científico entre juristas de Portugal, Brasil e Alemanha. Fundada pelo seu ex-presidente e professor *honoris causa* da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Erik Jayme, a Associação é bilíngüe e realiza encontros anuais, nos quais não apenas juristas renomados, mas também doutorandos e jovens pesquisadores apresentam temas jurídicos de interesse. No encontro ocorrido na capital lusitana, esteve presente a Prof.^a Dr.^a Claudia Lima Marques, da Faculdade de Direito da UFRGS, que palestrou, em homenagem ao país anfitrião daquele ano, sobre a influência do Código Civil português no Código Civil brasileiro de 2002. Além disso, também representando a UFRGS, estiveram presentes a jovem professora doutoranda Lisiane Feiten Wingert Ody, professora convidada em Heidelberg, e três estudantes que realizam um programa de intercâmbio na Universidade de Giessen, na Alemanha. Neste ano de 2008, a reunião da Associação ocorrerá, nos dias 14 e 15 de novembro, em Heidelberg, na universidade mais antiga da Alemanha e com a qual a UFRGS mantém ligações fortes há muito tempo. A Associação Luso-Alemã de Juristas está aberta à participação de juristas brasileiros, sensíveis à cultura jurídica e à língua alemãs. A decisão da presidência de reunir-se, pela primeira vez no Brasil, já em 2009 manifesta o sucesso da representação dos membros brasileiros na Associação e também foi possível por causa dos vínculos da UFRGS com os juristas dos países africanos de língua portuguesa. Para mais informações sobre a DLJV, consulte o site <http://www.dljp.org> ou envie-nos um e-mail: dirinter@ufrgs.br ou herzog@jgr.uni-heidelberg.de.