



Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

VOLUME 23 • DEZEMBRO 2003

Revista da

**FACULDADE
DE DIREITO**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 23

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
Reitora: Wrana Maria Panizzi • Vice-Reitor: Carlos Ferraz Hennemann

FACULDADE DE DIREITO
Diretor: Plínio de Oliveira Corrêa • Vice-Diretor: Sérgio José Porto

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

Diretor: Carlos Silveira Noronha

Responsáveis técnicos:
Jornalista Blásio Hugo Hickmann – Reg. M.T.: 2.073
Bibliotecária Naila Touguinha Lomando – CRB - 10/711

Conselho Editorial

Ex-diretores:
Galeno Vellinho de Lacerda
Almiro Régis do Couto e Silva
José Sperb Sanseverino
Peter Walter Ashton
Eduardo Kroeff Machado Carrion

Professores titulares:
Carlos Alberto Álvaro de Oliveira
Carlos Silveira Noronha
Cezar Saldanha de Souza Júnior
Cláudia Lima Marques
Sérgio José Porto

Professores doutores:
Carlos Freire Hofmeister
Cláudio Fortunato Michelon Júnior
Juarez Freitas
Judith Hofmeister Martins-Costa
Luis Afonso Heck
Luiz Fernando Barzotto
Odone Sanguiné
Rui Portanova
Vera Maria Jacob de Fradera

Servidores técnico-administrativos:
Jornalista Blásio Hugo Hickmann
Bibliotecária Naila Touguinha Lomando

Representação Discente:
Acadêmica Ana Paula Zavarize Carvalhal

Faculdade de Direito - UFRGS
Av. João Pessoa, nº 80 – CEP 90.040-000
Porto Alegre/RS – Brasil
Tel: (51) 3316-3118 / 3316-3128 /
3316-3555 / 3316-3464
E-mail: diretor@direito.ufrgs.br
Site: <http://www.ufrgs.br>

Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 23



Editora Sulina

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

Diretor: Carlos Silveira Noronha

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. – Vol. 23 – Porto Alegre: UFRGS, 2003 – Semestral – Continuação de: Revista da Faculdade de Porto Alegre, publicada de 1949-1974.

ISSN 0104-6594

I. Direito: Periódico. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul

CDU: 34(05)



Editora Sulina

Editora Meridional Ltda

Av. Oswaldo Aranha, 440 – conj. 101

CEP: 90035-190 – Porto Alegre – RS

Tel: (51) 3311-4082 – Fax: (51) 3264-4194

Porto Alegre, RS

e-mail: sulina@editorasulina.com.br

www.editorasulina.com.br

Pede-se permuta • Piedese canje • We ask for exchange
On demande échange • Wir bitten um Austausch • Si richiere lo scambio

Sumário

Carlos Silveira Noronha

Resenha histórica da Revista da Faculdade de Direito da UFRGS:
criação, objetivos e desenvolvimento 7

Angela Morel Nitschke

Biblioteca depositária das Nações Unidas – DL 253:
uma unidade de informação para a cidadania globalizada 13

Antônio Maria Iserhard

A idéia de sistema jurídico e o novo Código Civil:
Uma Contribuição ao Desafio Hermenêutico da Aplicação do Direito 37

Claudia Lima Marques

Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico 47

Décio Freitas

Getúlio Dornelles Vargas, o Estadista 85

Eduardo Kroeff Machado Carrion

As utopias da realidade constitucional:
nos trilhos do contraponto neoliberal 95

Félix de Cantalício Araújo Falcão

O direito internacional público e a questão da ordem 103

Jacy de Souza Mendonça

Pensamento filosófico de Armando Câmara 111

Luciane Maria Padoin

Os princípios da boa-fé objetiva, da função social
e da equivalência das prestações no novo
código civil: uma (re)leitura do contrato 123

Maurício Ferrão Pereira Borges

Fungibilidade procedimental e litisregulação:
o novo parágrafo 7º do art. 273 145

Miguel Augustin Kreling

Do instituto da *suppressio*: em perspectivas
tradicional e contemporânea 157

Paulo Alberto Pasqualini

Ruy Cirne Lima: o Jurista e o Professor Emérito 177

Plínio de Oliveira Côrrea Filho

Plínio de Oliveira Côrrea

Direitos fundamentais e sua proteção
no direito brasileiro e na convenção americana 199

Teori Albino Zavascki

Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias
e eficácia jurídica dos julgados 219

Resenha histórica da Revista da Faculdade de Direito da UFRGS: criação, objetivos e desenvolvimento

Carlos Silveira Noronha*

Na oportunidade em que assumimos, por delegação do Senhor Diretor desta Faculdade de Direito, Professor Plínio de Oliveira Corrêa, a Direção da Revista da Faculdade, julgamo-nos no dever de registrar em suas páginas, a criação, os objetivos e a atuação desse prestigiado periódico nestes cinquenta e quatro anos de sua caminhada histórica.

A gênese do surgimento da Revista da Faculdade de Direito deve ser tributada a duas deliberações acadêmicas tomadas pela Congregação, ligadas a acontecimentos que permearam o final da década de 49 e o alvorecer da década de 50. O primeiro dizia respeito às homenagens que seriam prestadas pela Faculdade por ocasião do centenário do nascimento de Ruy Barbosa, em 05 de novembro de 1949; o segundo teve como pedra de toque os preparativos para comemorar o cinquentenário de fundação da Faculdade de Direito, em 17 de fevereiro de 1950.

Assim, a 18 de março de 1947, como retrata a Ata nº 301, reunia-se a Congregação da Faculdade, durante a gestão do Professor Elpídio Ferreira Paes (1942/1948), para tratar, entre outros assuntos, dos preparativos para homenagear o centenário do nascimento de Ruy Barbosa, contando com as presenças dos Professores João Bunumá, Francisco José Simch Junior, Vicente Marques Santiago, Amadeu Fagundes de Oliveira Freitas, Oswaldo Caminha, Armando Dias de Azevedo, José Salgado Martins, Hernani Estrella e Dario Bittencourt. Nesta sessão da Congregação, foi deliberada a

* Professor Titular, Doutor em Direito. Diretor da Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), nomeado pela Portaria nº 24/2002-FD, da Direção da Faculdade.

abertura de inscrições dos Professores para a elaboração de trabalhos jurídicos especiais a serem publicados em homenagem ao centenário do nascimento de Ruy Barbosa. E, na sessão extraordinária da Congregação, realizada em 05 de agosto de 1949 (Ata nº 310), durante a primeira gestão do Professor José Salgado Martins (1948/1951), quando eram discutidas as comemorações do cinquentenário da Faculdade, foi aprovada uma proposição do Professor Edgar Luiz Schneider, convidando os Professores a escrever e publicar obras jurídicas pertinentes ao evento, a comemorar-se em 17 de fevereiro de 1950.

Com a realização desses trabalhos jurídicos para comemorar as duas efemérides mencionadas, estavam lançados os fatores genéticos para a fundação de um órgão destinado a publicar as produções acadêmico-científicas dos corpos docente, administrativo e discente da Faculdade de Direito. E tal ocorreu na primeira gestão e por iniciativa do Professor José Salgado Martins (1948/1951), quando, em 1949, era editado o primeiro número da Revista da Faculdade, contendo dezessete artigos de doutrina, somando 268 páginas, de autoria de Osvaldo Aranha, Borges de Medeiros, Aparício Mendez, João Amorim de Albuquerque, Elpídio Ferreira Paes, Orlando da Cunha Carlos, Darcy Azambuja, José Salgado Martins, Ruy Cirne Lima, Hernani Estrella, Edgar Luiz Schneider, Armando Dias de Azevedo, Amadeu de Oliveira Freitas, Paulo Barbosa Lessa, Paulo Brossard de Souza Pinto, Luís Lopes Palmeiro e Werter Faria. Naquela oportunidade era Reitor da Universidade o Professor Alexandre Martins da Rosa.

Nascia, assim, o periódico, fundado na aspiração dos seus criadores de oferecer a esta Unidade de Ensino universitário um veículo de divulgação da cultura jurídica e das demais atividades acadêmicas que se expandiam nas salas de aula, na Sala dos Professores e nos gabinetes, com a determinação de institucionalizá-las no âmbito da Faculdade de Direito. Essa edição comemorativa foi realizada sob as vistas diligentes de uma Comissão de Redação e Revisão constituída pelos Professores Darcy Azambuja, Ruy Cirne Lima e Edgar Luiz Schneider, tendo como Secretário de Redação o Doutor Paulo Brossard de Souza Pinto.

Seguiram-se as edições publicadas no ano de 1951, que levaram os números 2, 3 e 4, sob a regência da mesma Comissão de Redação e Revisão e do mesmo Secretário de Redação anteriormente mencionados, quando ainda exerciam a Reitoria da Universidade e a Direção da Faculdade de Direito, os Professores Alexandre Martins da Rosa e José Salgado Martins, respectivamente.

A partir daí, por razões desconhecidas, a Revista deixou de ser publicada por cerca de vinte anos, ressurgindo no ano de 1971, quando veio a lume o

número 5. Nessa oportunidade, assumiu o encargo de Diretor do periódico o Professor Elpídio Ferreira Paes, a Comissão de Redação e Revisão ficando constituída pelos Professores Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, João Pedro dos Santos e Lenine Nequete, quando a Reitoria da Universidade era exercida pelo Professor Eduardo Zacaro Faraco e a Direção da Faculdade pelo Professor José Salgado Martins, em sua terceira gestão.

No ano de 1972, foi publicado o volume número 6 da Revista, quando a Direção do periódico estava cometida ao Professor Érico Maciel Filho, mantida a mesma Comissão de Redação e Revisão da edição anterior, exercendo, na época, a Reitoria da Universidade, o Professor Ivo Wolf, e Diretor e Vice-Diretor da Faculdade os Professores José Salgado Martins e Francisco José Simch.

Durante os anos de 1973/1974, surgiu mais uma edição da Revista, na qual foram condensados os números 7 e 8, sob as mesmas direções da Reitoria e da Faculdade de Direito mencionadas acima, quando figurava como Diretor da Revista o Professor Lenine Nequete e a Comissão de Redação e Revisão constituída pelos Professores Elmo Pilla Ribeiro e Clóvis Veríssimo do Couto e Silva.

No período de 1974 a 1992, a Revista deixou de circular por mais dezoito anos, voltando a ser publicada a partir de 1993, continuamente, sob a Direção do Professor Franz August Gernot Lippert, que a exerceu no período de 1993 a 2002, quando foram editados os números 9, 10, 11, 12, 13-14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 e 22. Os números 9 e 10 foram publicados um em cada ano, em 1993 e em 1994; os números 11 e 12 foram ambos editados durante o ano de 1996; os números 13 e 14, condensados em um só volume, publicados em 1997; o número 15, em 1998; os números 16 e 17, durante o ano de 1999; o número 18, no ano de 2000; o número 19, no ano de 2001; e os números 20, 21 e 22, foram todos publicados durante o ano de 2002. Nas oportunidades das publicações dos números 9 a 11, exerciam a Reitoria da Universidade o Professor Héglio Trindade, a Direção da Faculdade o Professor Peter Walter Ashton e a Vice-Direção o Professor Ivo Sefton de Azevedo; quando da publicação do número 12, era a Reitoria da Universidade exercida pela Professora Wrana Maria Panizzi, sendo Diretor e Vice-Diretor da Faculdade os mesmos dois Professores por último mencionados; a partir das edições dos números 13-14, 15, 16, 17 e 18, continuavam a Reitoria da Universidade a ser exercida pela Professora Wrana Maria Panizzi, sendo a Direção da Faculdade de Direito desempenhada pelo Professor Eduardo Kroeff Machado Carrion e a Vice-Direção pelo Professor Plínio de Oliveira Corrêa; nas publicações dos números 19, 20, 21 e 22,

permanecia como Reitora da Universidade a Professora Wrana Maria Panizzi, sendo Diretor da Faculdade o Professor Plínio de Oliveira Corrêa e Vice-Diretor o Professor Sérgio José Porto.

Durante o ano de 1999, surgiu uma edição especial da Revista, comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, com tradução de Peter Neumann e apresentação do Professor Paulo Bonavides, sem numeração de volume, sob os auspícios do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade; e, durante o ano de 2002, foram publicadas mais duas edições especiais, uma, no mês de agosto desse ano, em homenagem à Cooperação entre a Universidade do Texas-Austin (EE.UU.) e a UFRGS; a outra, em homenagem à Cooperação entre a Faculdade de Direito da Universidade de Tohoku, Sendai-Japão e a Faculdade de Direito da UFRGS, todas sob a Direção do Professor Franz August Gernot Lippert e mediante a organização da Professora Cláudia Lima Marques, da UFRGS. Também estas duas últimas não tiveram seus volumes numerados.

A partir da edição do número 15, no ano de 1998 e até a publicação do número 22 e das três últimas edições especiais, constituiu-se um Conselho Editorial da Revista, do qual participaram os Professores Blásio Hugo Hickmann, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Carlos Freire Hofmeister, Carlos Silveira Noronha, Cezar Saldanha Souza Jr., Cláudia Lima Marques, Cláudio Michelon Jr., Eduardo K. M. Carrion, Franz August Gernot Lippert, Galeno Vellinho de Lacerda, José Sperb Sanseverino, Juarez Freitas, Judith Martins-Costa, Luís Afonso Heck, Luiz Fernando Barzotto, Odone Sanguiné, Peter Walter Ashton, Rui Portanova, Sérgio José Porto, Vera Maria Jacob de Fradera e o acadêmico Felipe Madsen Etges.

Com a Portaria nº 24/2002-FD, de 06 de agosto de 2002 e mais recentemente com a Portaria Nº 014/2003, de 04.09.2003, foi oficialmente designado o atual Conselho Editorial da Revista, constituído pelos ex-diretores, professores titulares, professores doutores, servidores técnico-administrativos e acadêmicos de direito, como segue: Pelos ex-diretores: Galeno Vellinho de Lacerda, Almiro Régis do Couto e Silva, José Sperb Sanseverino, Peter Walter Ashton e Eduardo Kroef Machado Carrion; pelos professores titulares: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Carlos Silveira Noronha, Cezar Saldanha Souza Jr., Cláudia Lima Marques e Sérgio José Porto; pelos professores doutores: Carlos Freire Hofmeister, Cláudio Fortunato Michelon Jr., Juarez Freitas, Judith Martins-Costa, Luis Afonso Heck, Luiz Fernando Barzotto, Odone Sanguiné, Rui Portanova, Vera Maria Jacob de Fradera; pelos servidores técnicos-Administrativos: jornalista Blásio Hugo Hickmann e a bibliotecaria-chefe, bel. Naila Touguinha Lomando; e a aca-

dêmica Ana Paula Zavarize Carvalhal, pelo Centro Acadêmico André da Rocha (CAAR).

Figuram também como assessores, membros-técnicos da Direção da Revista, o professor Blásio Hugo Hickmann, como jornalista-responsável pela edição e a bacharel em Biblioteconomia, Naila Touguinha Lomando, responsável técnica pela revisão e adequação do texto às normas da ABNT.

Esperando dar continuidade ao relevante papel que a Revista vem até aqui desempenhando, na senda de divulgar as atividades acadêmico-científicas desenvolvidas nesta Instituição de ensino do Direito, permitimo-nos convidar a todos os professores, acadêmicos e servidores técnico-administrativos a emprestarem sua colaboração em prol desta nobre empreitada, que não é de uma pessoa, nem de um grupo, mas dos três corpos que militam nesta centenária Faculdade de Direito.

A Revista tem sua sede no prédio da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), situado na Avenida João Pessoa nº 80, Bairro Centro, CEP: 90040-000, Fones/Fax: (51) 3316.3464; 3316.3118; e-mail: diretor@direito.ufrgs.br, na cidade de Porto Alegre, Brasil.

Biblioteca depositária das Nações Unidas – DL 253: uma unidade de informação para a cidadania globalizada

Angela Morel Nitschke*

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, diante do processo da globalização, destaca a necessidade de conscientizar-se do conhecimento de fatos e dados do mundo, ressaltar a interligação entre os povos e a existência de entidades que se esforçam na questão de uma *identidade cidadã sem fronteiras*. Tal propósito será possível através da divulgação das publicações dessas instituições.

Para isso, a metodologia adotada foi embasamento teórico sobre informação para a cidadania globalizada, seguida da seleção das temáticas indispensáveis para conhecimento dos usuários, das diversas áreas do conhecimento, disponíveis no acervo da Biblioteca Depositária das Nações Unidas – DL 253, pois acredita-se que os usuários, de posse dessas informações, possam atuar de

forma que a cidadania seja exercida plenamente.

Seguido do estudo, tal trabalho contextualiza uma Biblioteca Depositária da ONU e seu papel junto aos usuários, a fim de que sejam informados sobre os espaços físicos da biblioteca, conheçam os tradicionais serviços oferecidos, para exporem melhor e satisfazer suas demandas no atendimento.

O fenômeno da globalização em que vivemos atualmente exige que tenhamos consciência da prática cidadã ativa, pois ser cidadão não mais se restringe ao pertencimento a um espaço físico do Estado-Nação, mas sim de um *Estado sem fronteiras*, onde todos os cidadãos têm direitos e deveres iguais.

Esses *direitos universais* são regulados e defendidos, com muita relevância, por entidades como a ONU e a União Européia, as quais ganham res-

* Bacharel em Biblioteconomia, monografia apresentada como parte dos requisitos para a obtenção do grau do Curso de Biblioteconomia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Ex-bolsista da Biblioteca Depositária das Nações Unidas.

paldo através da divulgação de seus trabalhos. E, o reconhecimento desses trabalhos, por parte dos cidadãos, é impulsionado pela explosão informacional presenciada hoje, tanto no que se refere à quantidade de informações geradas, quanto aos recursos e mídias disponíveis, que fazem a informação ultrapassar fronteiras.

2 A INFORMAÇÃO NO MUNDO GLOBALIZADO

2.1 Globalização: um breve histórico

Antes de apontar a importância da informação no mundo globalizado, faz-se necessário um breve histórico sobre o processo de constituição da globalização. Para isso, têm-se alguns estudos de autores que tratam da questão. De acordo com Santos (2002), a globalização é concebida de várias perspectivas: econômica, política, cultural e social.

Do ponto de vista econômico a globalização pode ser definida como uma nova divisão internacional do trabalho, baseada na globalização da produção levada a cabo pelas empresas multinacionais, gradualmente transformadas em centros da nova economia mundial. O perfil da nova economia globalizada está centrado principalmente numa economia dominada pelo sistema financeiro e pelo investimento à escala global, em processos de produção flexíveis e multilocais, em baixos custos de transportes, em revolução nas tecnologias de informação e comunicação, na desregulação das economias nacionais e na

preeminência das agências financeiras multinacionais que abrangem a economia mundial, como a hegemonia dos EUA sobre os demais países, principalmente da América, como Canadá, México e a América Latina; o Japão sobre os países asiáticos e a Europa do Leste sobre o Norte africano, conhecidos como a Tríade: Estados Unidos, Europa e Japão. Esse cenário hegemônico agrava a desigualdade do sistema econômico dos demais países, implicando no desempenho da economia nacional, que fica obrigada a participar do contexto mundial, como abrir seus mercados ao comércio internacional, à exportação, às políticas fiscais e monetárias internacionais, à privatização e a uma restrita regulação estatal.

A globalização na perspectiva social também é influenciada pela estrutura do mercado centralizado nas grandes potências econômicas mundiais, diretamente atuante através das suas empresas multinacionais espalhadas pelo mundo inteiro, formando uma classe capitalista transnacional. Essa nova classe é composta por um ramo local e por um ramo internacional. Ambos, obviamente, partilham do interesse comum de controle social intrínsecos ao modo de produção capitalista. O ramo local, a burguesia nacional, é uma categoria socialmente ampla que envolve a elite empresarial, os diretores de empresas, os altos funcionários do Estado, líderes políticos e profissionais influentes. E, o ramo internacional, dito também como burguesia internacional, é composto pelos gestores das empresas multinacionais e pelos dirigentes das instituições financeiras internacionais.

Evidentemente, sobressaltam as referidas classes dominantes no cenário econômico nacional e internacional, em detrimento às classes minoritárias sujeitas às diretrizes impostas pelo condicionamento econômico atual. As desigualdades sociais são agravadas pela injusta distribuição de renda, conforme o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2002:

A quantidade de crescimento necessária para reduzir a pobreza depende da desigualdade de um país – quanto mais desigual for a distribuição do rendimento, menores são os benefícios do crescimento para os pobres. [...] As provas disponíveis, muito limitadas, indicam que a desigualdade de rendimento dentro de cada país, a nível mundial, tem aumentado nos últimos 30 anos. Entre os 73 países com dados (e 80% da população mundial), 48 observaram um aumento da desigualdade desde os anos 50, 16 não experimentaram mudanças e só 9 – com apenas 4% da população mundial – viram diminuir a desigualdade. O aumento da desigualdade impediu a redução da pobreza. Assim, os esforços têm que se concentrar num crescimento mais favorável aos pobres (RELATÓRIO DE DESENVOLVIMENTO HUMANO, 2002, p. 18-20).

Na perspectiva política da globalização, destaca a influência sofrida pelo Estado diretamente afetado pelo novo cenário internacional, modulado pela nova economia mundial, remodelado para uma forma política do sistema mundial moderno, na qual o Estado-Nação perde suas forças de dominação sobre sua própria população. Apenas os Estados hoje hegemônicos, por eles

próprios ou através das instituições internacionais que controlam (multinacionais), comprimiram a autonomia política e a soberania efetiva dos Estados periféricos e semiperiféricos com uma intensidade sem precedentes, apesar de a capacidade de resistência e negociação por parte desses últimos. Assim, acentuou-se a tendência para os acordos políticos interestatais, como, por exemplo, União Européia, NAFTA, MERCOSUL.

A globalização sob a perspectiva cultural, está centrada na nova ordem de telecomunicação e interligação entre os povos dada pelo advento da Internet, através da qual se estreitam os laços e acessos de conhecimentos já existentes, assim como é instrumento de novas manifestações, diante de suas diversas possibilidades tecnológicas. Conforme Lévy (1999), vivemos o “dilúvio informacional”, capitaneado pelas telecomunicações que são de fato responsáveis por estender de uma ponta à outra do mundo as possibilidades de contato amigável, de transações contratuais, de transmissões de saber, de trocas de conhecimentos, de descoberta pacífica das diferenças, destas diferenças que estão nas novas maneiras de se fazer a música, a arte, o saber, a educação e a própria democracia, diante das possibilidades que a rede eletrônica pode oferecer. Além das manifestações artísticas, a globalização afeta a cultura pela possibilidade de diminuir as distâncias entre os povos, proporcionando o conhecimento das diversas crenças e costumes, como o reconhecimento de interesses e gostos que poderão ser compartilhados sem o empecilho da

distância geográfica, conforme (LÉVY, 1999, p.145): “Os mundos virtuais podem eventualmente ser enriquecidos e percorridos coletivamente. Tornam-se, nesse caso, um lugar de encontro e um meio de comunicação entre seus participantes.”

Percebe-se, então, que o surgimento de novos mercados financeiros afetaram as estruturas estatais, no que se refere às novas políticas de atuação, tanto no trato com a própria população, como na atuação da política estrangeira, modelando um novo perfil da cultura da sociedade em âmbito mundial, que também assume o movimento convergente de relacionamento e interação entre os povos.

Assim, a globalização implica uniformização de padrões econômicos e culturais. Lopez (2002) reforça, considerando a globalização como um fenômeno que, no Ocidente moderno, tem suas raízes na era do Renascimento e das Grandes Navegações, quando a Europa emergiu de seus casulos feudais. Com a Revolução Industrial e a liberação do Capitalismo para suas plenas possibilidades de expansão, a globalização deu um salto qualitativo e significativo.

Após a Segunda Guerra Mundial surgiram poderosas companhias multinacionais, que são o resultado de concentrações de empresas, que assumem um gigantismo enorme e atuam em diversas nações, desconhecendo, portanto, fronteiras aos seus negócios, estreitando ainda mais as relações entre os países.

Ao entrarmos nos anos 80/90, o Capitalismo, definitivamente hegemônico,

ingressou na etapa de sua total euforia, sob o rótulo de Neoliberalismo, dito também como fase de reengenharia, privatização, economia de mercado, modernidade e consagrando o termo globalização.

Entretanto, a globalização é um fenômeno de globalismo, sendo um estado do mundo envolvendo redes de interdependência multicontinentais. As ligações entre os pólos destas redes ocorrem através de fluxos e influências de capital, bens, informação, idéias, pessoas e forças, assim como substâncias biológicas ou ambientais. A interdependência a que se refere, traduz-se por situações caracterizadas por efeitos recíprocos entre países e atores sócio-político-econômicos dos diferentes países.

Assim, a dinâmica da globalização resulta da expansão do capital, em plano mundial, causando mudanças estruturais tanto econômicas, como sócio-culturais, através do crescimento da indústria da informação como um componente estratégico, relatado por Ianni (1996, p. 111): “No horizonte da sociedade global, são outras as condições sociais, econômicas, políticas e culturais nas quais se constitui e desenvolve o indivíduo”.

Essas mudanças estruturais, no entanto, não acontecem de forma harmônica entre os Estados, como já tratado. Uma das condições da globalização é a vantagem econômica dos Estados hegemônicos sobre os menos privilegiados, causando um disparato entre as condições de vida das respectivas populações.

E, para ser ativo no processo de globalização, tem que se ter condições de

acesso a informações do mundo de maneira fácil e rápida, possível através da conexão nas redes de informações; fato, entretanto, não praticável por todos, devido às possibilidades de acesso às referidas redes; os últimos, por conseguinte, podem ser considerados excluídos, tornando a informação uma ferramenta de inclusão e/ou exclusão.

2.2 Informação: uma ferramenta de aproximação e de exclusão

Reconstruindo o processo histórico, sabe-se que paralelamente ao início da globalização, traduzida na europeização da América, tivemos a criação da imprensa, tecnologia que permitiu ao europeu disseminar a sua civilização, e correspondeu à tecnologia que rapidamente lhe possibilitou expandir a informação.

Santos (2001), defende que essa evolução do processo histórico depende da interligação do sistema de tecnologias e da política. Em nossa época, o que é representativo do sistema de tecnologias atual é a chegada da tecnologia da informação, por meio da cibernética, da informática, da eletrônica. Essa tecnologia possibilita tanto a interligação das diversas outras tecnologias existentes, como também tem um papel fundamental sobre o uso do tempo, permitindo, em todos os lugares, a convergência dos momentos, assegurando a simultaneidade das ações.

Certamente a informação contribui para o crescimento e o desenvolvimento, porque a produção e distribuição de informação são atividades econômicas;

e também, porque a aplicação do conhecimento melhora a produtividade e a qualidade de outros bens e serviços. Entretanto, sabe-se que a simples existência da informação não garante conhecimento e desenvolvimento, importando saber se o uso potencial vale mais que seu uso real e também sua disponibilidade para toda a população.

Nesse registro observa-se que, ao longo do século XX, a globalização do capital foi conduzindo à globalização da informação e dos padrões culturais e de consumo. E, é a serviço do interesse de minorias, que está a globalização da informação. Nunca o mundo foi tão informado. Mas nunca a informação foi tão direcionada e controlada. A multiplicidade estonteante de informações oculta a realidade de sua monotonia essencial – a democratização da informação é aparente. Questiona-se se a população está mais ou melhor informada?

Dantas (2002) concorda que a globalização da exclusão social ocorre simultaneamente com os grandes avanços das tecnologias eletrônicas e informáticas, geradoras da sociedade da informação. A suposta liberdade que as novas tecnologias de informação e comunicação proporciona não é acessível a todo o mundo. Há, por exemplo, menos linhas telefônicas na África negra do que só na cidade de Tóquio. Ele acrescenta que o número de computadores pessoais em todo mundo é pouco superior a 200 milhões, para uma população de 6 bilhões de pessoas, o que significa que apenas 4% dos lares do planeta têm acesso à Internet.

Assim, considerada uma mercadoria como outra qualquer, a informação ad-

quire outros valores que não aqueles como a verdade, a ética, os direitos dos cidadãos de serem corretamente informados, defendido por Rocha (2001, p. 40):

É, pois, através do conhecimento do mundo, adquirido, formal e informalmente, a partir de suas experiências e do convívio em sociedade, pelas trocas lingüísticas e reconhecimento de símbolos, em um processo sistemático de formação intelectual e moral do indivíduo, que se processa a construção de sua dimensão enquanto cidadão.

Assim, a informação está disponível; entretanto não é compreendida por todos, como exemplo o comentário de Krause; através deste, percebe-se que o verdadeiro proveito pela população das fontes atuais de informação principalmente sobre o mundo “globalizado” ainda é precário:

O MERCOSUL desde 1º de janeiro de 1995 tornou-se realidade, não somente diplomática, mas também na prática das relações comerciais, [...] mas como fica a informação? E a globalização da informação? O que nós brasileiros conhecemos da cultura hispano-americana?

[...] porque o nosso desconhecimento é quase total dos valores, da cultura, da história e do momento político atual que vive a sociedade dos países integrantes do MERCOSUL.

A rapidez com que as notícias e informações são veiculadas não significa seu entendimento pela sociedade, pois, na sua maioria nada “lhes interessa” ou “lhes diz respeito”. Será que estamos trabalhando para a sociedade ou contra ela? [...] Que compromisso temos com a so-

cidade e para com a comunidade a quem devemos atender e nesse caso [...] internacional?

Não dominamos a língua espanhola, mas como faremos a globalização da comunicação e da informação (notícias, jornais, textos, livros, rádio e TV) de forma adequada e compreendida por todos? (KRAUSE, 2002, p. 1).

O acesso à informação é fundamental para o ingresso no processo da globalização. Salienta-se, entretanto, que o excesso de informação vivido hoje, não significa que existe o verdadeiro proveito dela, pois o que acontece é um domínio da disseminação, através do qual são disponibilizadas informações de conveniência restrita. Essa massificação deve ser criticada, pois urge a necessidade do conhecimento das questões que, de uma forma ou de outra, afetam toda a população; esta merece, num processo democrático, manter-se ciente, pois, diante desse dinamismo, tem-se uma visão mais ampla do conceito de cidadania, que ultrapassa as fronteiras dos Estados.

2.3 Cidadania globalizada

O cenário internacional, como já apresentado, identifica os fatores indicativos das mudanças que alteram as relações sociais, econômicas, políticas e culturais, de âmbito mundial que tiveram início principalmente após a Guerra Fria. Essas transformações apontam para uma nova ordem mundial de interligação entre os Estados, levados por interesses econômicos afins, que por conseqüência acarretam outros laços de relações entre os povos.

Santos (2001), propõe uma outra globalização, na qual não se visa apenas a atuação dos interesses econômicos, considerada pelo próprio autor como uma globalização perversa, mas sim uma globalização mais humana. As bases materiais do período atual são, entre outras, a unicidade da técnica, a convergência dos momentos e o conhecimento do planeta, utilizando as mesmas técnicas em que o grande capital se apóia para construir a globalização perversa, para servir a outros objetivos, se forem postas ao serviço de outros fundamentos sociais e políticos.

Diante da reorganização do cenário mundial, decorrente do processo de globalização, o conceito de cidadania assume novas concepções. Se antes, estava ligado ao espaço territorial do Estado-Nação; hoje, expande para as necessidades dos cidadãos em âmbito internacional, constituindo uma cidadania planetária, mais subjetiva e democrática, voltada aos interesses comuns; e, ainda, uma cidadania globalizada, voltada ao mercado, ligada à massificação e ao consumo.

Historicamente, a cidadania foi tratada como uma categoria territorial; segundo Vieira (2001), está vinculada aos direitos e obrigações do indivíduo pertencente, de forma passiva e ativa, ao Estado-Nação, com um específico nível de igualdade. Primeiramente, a cidadania era concedida a restritos grupos de elite e posteriormente estendida a uma grande porção dos residentes de um país.

Gadotti (2000), reforça que a cidadania é consciência/vivência de direi-

tos e deveres. Não há cidadania sem democracia, embora possa haver exercício não-democrático da cidadania. Complementa, fundamentando a democracia em três direitos: direitos civis (segurança e locomoção), direitos sociais (trabalho, salário justo, saúde, educação, habitação, etc...) e direitos políticos (liberdade de expressão, de voto, de participação em sindicatos etc...).

Ianni (1996), compreende cidadania como soberania, que implica autoconsciência. Mas sob as condições constituídas com a formação da sociedade global, dita cidadania planetária, as possibilidades da autoconsciência ainda são precárias, limitadas. Poucos são os que dispõem de condições para se informarem e posicionarem diante dos acontecimentos mundiais, tendo em conta suas implicações locais, regionais, nacionais e continentais. Quando se criam as condições mais plenas para a elaboração da autoconsciência, no sentido de consciência para si, então a cidadania se realiza propriamente como soberania.

Diante das diversas concepções apresentadas, é de fato que se configura uma evolução da idéia de cidadania, causada pela interligação econômica e sócio-cultural em que vivemos, surgindo uma noção de cidadania *planetária*, que sustenta uma visão unificadora do planeta e de uma sociedade mundial, reunindo princípios, valores, atitudes e comportamentos que demonstram uma nova percepção da Terra como uma única comunidade, implicando a existência de uma democracia planetária. As tecnologias da informação e comunicação

ajudariam nesse processo, pois é através delas que se podem manter o contato entre os povos e o fluxo informacional gerado.

Ainda de acordo com Ianni (1996), diante dessa transição, confusa para o conceito de cidadania, o que predomina são populações ou coletividades nacionais, dispersas em grupos, etnias, minorias, classes, regiões, culturas, religiões, seitas, línguas, dialetos, tradições culturais, todos membros de uma estranha aldeia global. Articulados pela camada da sociedade considerada hegemônica, centros decisórios desterritorializados, recebendo aproximadamente as mesmas mensagens em todos os lugares, informando-se mais ou menos nos mesmos termos, sendo levados a pensar os problemas cotidianos, locais, regionais, nacionais, continentais e mundiais em forma mais ou menos homogênea.

3 A BUSCA DA INFORMAÇÃO POR PARTE DE ENTIDADES REPRESENTATIVAS

Existem entidades que trabalham com as relações internacionais, visando a reciprocidade das questões dos grupos e do indivíduo, visando o conhecimento e o entendimento de dados e fatos do mundo, para que sejam levados como problemas comuns, para exemplificar esse trabalho, tem-se a Organização das Nações Unidas (ONU). Assim como relata Offe *apud* Baptista¹ sobre os problemas que não

mais devem ser resolvidos apenas pelo Estado:

Os problemas de um país não vão ser resolvidos apenas pela ação do Estado ou do mercado. É preciso um novo pacto, que ressalve o dever do Estado de dar condições básicas de cidadania, garanta a liberdade do mercado e da competição econômica e, para evitar o conflito entre esses dois interesses, permita a influência de entidades comunitárias (OFFE *apud* BAPTISTA, 2001, p. 41).

Na perspectiva de Rocha (2000), as pessoas, cada vez mais, no mundo inteiro, em resposta ao conjunto único de condições históricas, culturais, econômicas e políticas de cada sociedade, estão engajadas na melhoria da qualidade de suas vidas, referente à autodeterminação, crescimento econômico, respeito ao meio ambiente, melhores condições de saúde, entre outras. A partir de novas abordagens desses problemas globais, na busca de novos equilíbrios na distribuição de recursos, na renovação da organização social, estão moldando uma economia global baseada em um processo de desenvolvimento sustentável e que, desejamos, leve-nos em direção a uma sociedade mais justa e solidária.

Porém, sabe-se que vivemos um mundo de contrastes cada vez mais acentuados, porque o acesso aos benefícios da globalização ainda se restringe a uma gama seleta da sociedade. E, diante desse cenário, surgem entidades, como a Organização das Nações Uni-

¹ BAPTISTA, Dulce Maria. A Busca da Informação por Parte de Entidades Representativas. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 30, n. 2, p. 16-19, maio/ago. 2001.

das, que se preocupam em amenizar as desigualdades, como referencia Morin (2002), questionando se esse não seria o verdadeiro papel da ONU, através de atividades voltadas para a geração e divulgação dos trabalhos de interesse de todos os povos, viabilizando e fortalecendo o sentido de cidadania globalizada.

A informação é ferramenta fundamental na atuação dinâmica das organizações, de acordo com Baptista (2001), para as entidades representativas, se constitui recurso estratégico através do qual irá exercer sua influência. Não é, portanto, algo preexistente e gratuito, mas um recurso com que se precisa contar para atender objetivos institucionais estabelecidos. Por isso, é também, sobretudo, algo a ser gerenciado em proveito da organização.

Dessa forma, não se pode acreditar em uma sociedade informacional plena, pois embora todos sofram as consequências dos avanços tecnológicos do processo de globalização, uma parcela significativa da população mundial não tem condições de fazer-se sujeito nesse processo e o acesso à informação ainda é algo restrito, um instrumento de dominação e não de emancipação para toda a sociedade. Com o intuito de diminuir essas diferenças manifestam-se as entidades representativas, como as Nações Unidas, trabalhando

em prol de uma sociedade igualitária, contando com a conscientização da urgência de solidariedade entre os povos.

3.1 Organização das Nações Unidas

A Organização das Nações Unidas foi consagrada em outubro do ano de 1945 com o objetivo fundamental de manter a paz e a segurança internacionais através da cooperação de seus países-membros.

O direito de tornar-se membro das Nações Unidas cabe a todas as nações amantes da paz que aceitarem os compromissos da Carta e que, a critério da Organização, estiverem aptas e dispostas a cumprir tais obrigações.

O preâmbulo da Carta das Nações Unidas² expressa os ideais e os propósitos comuns dos povos cujos governos se uniram para constituir as Nações Unidas. A sede na ONU é na cidade de Nova York.

A Organização das Nações Unidas possui seis principais órgãos:

- a) Assembléia Geral;
- b) Conselho de Segurança;
- c) Conselho Econômico e Social;
- d) Conselho de Tutela;
- e) Corte Internacional de Justiça; e
- f) Secretariado.

Existem ainda os organismos subsidiários, que são aqueles criados por seus

2 Nós, os povos das Nações Unidas, resolvemos a PRESERVAR as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes no espaço de nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a REAFIRMAR a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, a ESTABELEECER condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos e a PROMOVER o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla.

órgãos, e outros organismos especializados coordenados pela ONU.

3.2 Comitê de Informações das Nações Unidas

Seguindo os objetivos do presente trabalho, de verificar que tipo de informações as Nações Unidas produz e dissemina, identificar as principais publicações de cada área do conhecimento contempladas pela ONU, exploraremos o Comitê de Informações das Nações Unidas, para exemplificar a dinâmica do fluxo informacional da instituição.

O complexo sistema organizacional das Nações Unidas, composto de vários órgãos subsidiários, diretamente controlados ou não pela instituição maior, muitas informações são produzidas, que devem circular tanto dentro da própria organização, quanto informações de interesse geral, que merecem disseminação mais ampla, a fim de que sejam divulgados os trabalhos realizados pela instituição e pelos referidos órgãos.

Para que o fluxo de informações geradas por toda a organização aconteça de maneira mais abrangente, as Nações Unidas criaram o Comitê de Informações, órgão responsável por examinar as atividades e políticas de disseminação de suas informações públicas.

Conforme Naciones Unidas (2002a), o Comitê de Informações, foi aprovado numa reunião da Assembléia Geral, em seu trigésimo quarto período de sessão, estabelecido em conformidade com a Resolução 33/115C da Assembléia de 18 de dezembro de 1978, ampliando sua composição primeiramente de 41 países membros

para 66 membros. Um ano mais tarde, no parágrafo 2º da seção I de sua Resolução 34/182, de 18 de dezembro de 1979, a Assembléia Geral encarregou o Comitê de Informações a:

- a) Que prosiga el examen de las políticas y actividades de información pública de las Naciones Unidas a la luz de la evolución de las relaciones internacionales, especialmente en los dos últimos decenios, y de los imperativos del establecimiento del nuevo orden económico internacional y de nuevo orden mundial de la información y la comunicación;
- b) Que evalúe y complemente los esfuerzos realizados y los progresos logrados por el sistema de las Naciones Unidas en la esfera de la información y la comunicación;
- c) Que promueva el establecimiento de un nuevo orden mundial de la información y de la comunicación, más justo y eficaz, destinado a fortalecer la paz y la comprensión internacional y basado en la libre circulación de las informaciones y en su difusión más amplia y mejor equilibrada, y que formule recomendaciones al respecto a la Asamblea General [...] (NACIONES UNIDAS, p.1, 2002).

Diante do excelente trabalho realizado pelo Comitê de Informações das Nações Unidas, reconhecido pelo Secretário Geral em Assembléia Geral, através da apresentação de relatórios em seus períodos de sessões, foi concedido o aumento de Estados membros do Comitê, ampliando a atuação das atividades da instituição, atingindo um número cada vez maior de pessoas em todo o mundo. Hoje, o Comitê está integrado por 97 países membros.

Ainda, para reduzir as disparidades entre as correntes informacionais em

todos os níveis, principalmente para aumentar a assistência do desenvolvimento das infraestruturas de comunicação dos países em desenvolvimento, tem-se a Resolução da Assembléia Geral A/45/76, aprovada na 65ª Sessão Plenária, em 11 de dezembro de 1990, que convida os países membros das Nações Unidas, assim como os demais Estados, a reafirmarem o compromisso com os princípios da Carta das Nações Unidas e com os princípios de liberdade de imprensa e de liberdade de informação, a conscientizar-se e participar da nova ordem da informação e comunicação, considerando como em processo contínuo e solidário entre os povos.

3.3 Centros de Informação das Nações Unidas

3.3.1 Panorama geral

A rede de Centros de Informação das Nações Unidas, Serviços de Informação das Nações Unidas e Oficinas das Nações Unidas são unidades responsáveis por aproximarem a sede da instituição aos povos do mundo. Espalhadas por todo o mundo, essas unidades, auxiliam o Comitê de Informação Pública das Nações Unidas, ajudando as comunidades locais a obter informações atualizadas sobre as Nações Unidas e as atividades que realizam para melhorar suas vidas.

Os Centros de Informação, de acordo com Naciones Unidas (2002d), trabalham em colaboração com os membros da sociedade civil que participam ativamente em atividades sobre temas

de interesses para as Nações Unidas. As organizações não-governamentais recorrem aos Centros de Informação para obter ajuda na organização de seminários, exposições e acontecimentos comemorativos em esferas de grande importância, como os direitos humanos, a educação, o meio ambiente, a prevenção do uso indevido de drogas e a atenção da saúde. Os Centros de Informação contam com profissionais de informação que são sensíveis às preocupações de suas comunidades locais, assumindo a posição de agentes catalizadores que congregam as pessoas a fim de abordar os problemas mais difíceis do mundo.

3.3.2 Materiais de informação

Os serviços prestados pelos Centros de Informação das Nações Unidas ao público abrangem desde a atenção das consultas de interesse geral sobre as Nações Unidas e seus órgãos subsidiários até a organização de acontecimentos em comemoração de dias especiais das Nações Unidas.

Muitos jornalistas, pesquisadores, educadores e organizações não governamentais recorrem aos Centros de Informação para obter os últimos materiais de informação das Nações Unidas em idiomas locais. Nesses centros são encontrados materiais traduzidos em mais de 80 idiomas, entre eles várias línguas indígenas.

Os Centros de Informação produzem seus próprios Boletins Informativos e publicações que divulgam os últimos informes do Secretário Geral das Nações Unidas, notícias da Assembléia

Geral ou do Conselho de Segurança e demais informações sobre questões mundiais, como o desenvolvimento humano, a população, a saúde e o tráfico de drogas. Ainda, alguns desses Centros de Informação distribuem seus boletins informativos por meios eletrônicos.

Além da página disponível na web da sede das Nações Unidas em Nova York, 40 Centros de Informações também criaram suas próprias páginas na Internet em seus idiomas locais. O Centro de Informação das Nações Unidas brasileiro existe desde de julho de 1948, localizado no Rio de Janeiro, no endereço a seguir, e pode ser contatado pelo seu endereço eletrônico <http://www.infounic@unicrio.org.br>

Centro de Informações das Nações Unidas para o Brasil (UNIC)
Palácio Itamaraty – Centro
Av. Marechal Floriano, 196
Rio de Janeiro/RJ – CEP 20080-002

Para alcançar um público ainda mais amplo, os Centros de Informação das Nações Unidas estão em contato diário com os centros jornalísticos locais e nacionais.

3.4 Bibliotecas de Referência

Os Centros de Informações das Nações Unidas são munidos de Bibliotecas de Referência que reúnem um acervo diversificado sobre a estrutura e as atividades das Nações Unidas, onde é permitido o acesso do público a uma coleção ampla de publicações, informes e registros oficiais das Nações Unidas. Além do material impresso, as

bibliotecas também possuem uma coleção de fitas e vídeos e, ao estarem equipados com tecnologia moderna de comunicação, como os CD-ROMs, a Internet e o Correio Eletrônico, também podem obter documentação da sede da ONU por meios eletrônicos.

As Bibliotecas de Referência dos Centros de Informação das Nações Unidas podem não estar necessariamente junto ao espaço físico dos centros, estando espalhadas por todo mundo sob a denominação de Bibliotecas Depositárias das Nações Unidas.

3.5 Bibliotecas Depositárias das Nações Unidas

As Bibliotecas Depositárias das Nações Unidas ficam com a custódia das publicações da ONU, na condição de disseminá-las aos usuários, previamente acordada com a instituição maior, conforme o conceito de depósito do Dicionário de Terminologia Arquivística:

Mudança de custódia de documentos, a título precário, sujeita a condições previamente acordadas, normalmente quanto à sua comunicabilidade. A documentação depositada fica sob custódia de outra entidade, mas não de proprietário (DICIONÁRIO..., 1993, p. 31).

3.5.1 Objetivos gerais

A fim de que se possa dispor de seus documentos e publicações em todo o mundo, as Nações Unidas mantêm um sistema de bibliotecas depositárias, às quais se enviam esses documentos e publicações de acordo com as condições de depósito.

3.5.2 Autoridade para designar as Bibliotecas Depositárias das Nações Unidas

Cabe à Junta de Publicações das Nações Unidas designar as bibliotecas depositárias de acordo com as recomendações do diretor da Divisão de Biblioteca e Publicação do Departamento de Informação Pública da Sede das Nações Unidas. Ao decidir, a Junta avalia as opiniões dos países interessados em possuir uma biblioteca depositária e dos departamentos ou escritórios da Secretaria das Nações Unidas. O Diretor da Divisão de Biblioteca e Publicação do Departamento de Informação Pública manterá constante contato com as bibliotecas depositárias, para informar a respeito da Junta de Publicações e dos demais departamentos ou escritórios da Secretaria que estão interessados.

3.5.3 Critérios e condições para possuir uma Biblioteca Depositária

Todos os Estados membros, os Estados que não são membros, assim como os territórios não autônomos têm o direito a uma Biblioteca Depositária gratuita; normalmente, a biblioteca nacional ou outra biblioteca importante de pesquisa situada na capital do país. Ainda, quando a biblioteca nacional do parlamento é aberta ao público, também terá direito a receber as publicações gratuitamente.

Além do direito que os Estados têm de receber gratuitamente as publicações das Nações Unidas, existem unidades que manifestam o interesse diante da ONU para possuir uma biblioteca depositária. Para esses casos, a partir de ja-

neiro de 1975, cobra-se uma contribuição anual para atender os gastos de manutenção do sistema. A taxa diverge entre a categoria do país solicitante: para países em desenvolvimento é cobrada uma taxa de U\$ 200 por ano, para depósito parcial e U\$ 300 por ano, para depósito total; para os países desenvolvidos a taxa é mais elevada, sendo de U\$ 900 por ano, para depósito parcial e U\$ 1.400 por ano, para depósito total. Entretanto, apesar dessa taxa de manutenção, é considerado o uso que terão os documentos e publicações da ONU, o interesse e a demanda manifestados, o nível de desenvolvimento das instituições de educação superior e das bibliotecas, a extensão territorial e população dos países interessados e a distribuição geográfica geral das outras bibliotecas depositárias das Nações Unidas. Geralmente não se designa mais de uma biblioteca depositária por cidade.

As Nações Unidas verificam regularmente o cumprimento das condições de depósito mediante questionário ou visitas às unidades. Os questionários são remetidos a cada dois anos, no mês de fevereiro. Todas as bibliotecas depositárias devem responder e devolver o questionário sem demora. Do contrário, a distribuição dos documentos será suspensa. É de responsabilidade do Centro de Informação das Nações Unidas e das Bibliotecas do Sistema das Nações Unidas organizar visitas periódicas de seus profissionais às bibliotecas depositárias. A Junta de Publicações reserva-se o direito de retirar a designação de depositária ou de transferir a outra biblioteca da mesma região quando não se está cumprindo satisfatoriamente as condi-

ções de depósito. O contrário também é possível, de uma unidade depositária apresentar o interesse de mudar sua categoria de depósito, transferir o acervo para outra unidade da mesma região ou solicitar saída do sistema, estando sujeita à avaliação e aprovação da Junta de Publicações das Nações Unidas.

Assim que é fechado o contrato do depósito, a unidade receberá automaticamente, segundo suas necessidades, todas as publicações no idioma determinado no contrato, pois, normalmente, se terá o direito a receber em apenas um idioma oficial das Nações Unidas.

3.5.4 Distribuição dos documentos das Nações Unidas às Bibliotecas Depositárias

A distribuição dos documentos a todas as bibliotecas depositárias é feita pela Seção de Distribuição do Escritório de Serviços de Conferência e de Apoio da sede das Nações Unidas, pela Seção de Distribuição e Vendas do Escritório das Nações Unidas em Genebra, pelos serviços de distribuição de documentos do Centro Internacional de Viena, pela Dependência de Reprodução e Distribuição de Documentação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) e pelo serviço de distribuição de documentos do Centro das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (Habitat), em Nairóbi. As comissões regionais distri-

buem seus próprios documentos às bibliotecas depositárias de suas regiões respectivas, assim como o Departamento de Informação Pública também dispõe da distribuição do material publicado pelos Centros de Informação das Nações Unidas às bibliotecas depositárias de suas respectivas regiões.

As bibliotecas depositárias podem apresentar reclamações junto às Nações Unidas referentes ao material que não recebem e que teriam direito de receber mediante o contrato.

3.5.5 Tipos de publicações

As publicações das Nações Unidas se distinguem pelo tipo de distribuição. Existem as publicações de categoria *geral*, destinadas ao maior público de leitores, sendo estas as publicações enviadas às bibliotecas depositárias; existem também as publicações de categorias *limitada* e *reservada*; ambas são destinadas ao público mais restrito, direcionadas a interesses confidenciais da entidade maior das Nações Unidas e/ou seus órgãos subsidiários, portanto essas não são encaminhadas às bibliotecas depositárias.

Assim, bibliotecas depositárias têm o direito a receber, mediante distribuição automática, segundo suas necessidades e o tipo de depósito, os materiais publicados dentro da categoria de distribuição geral, no idioma que exija a biblioteca depositária (espanhol, francês ou inglês).³

3 Nem todas as publicações são editadas em alemão, árabe, chinês e russo. Portanto, as bibliotecas depositárias situadas em lugares em que o idioma oficial seja o alemão, o árabe, o chinês ou o russo podem escolher o espanhol, o francês ou o inglês como idioma de depósito, porém receberão também um exemplar de cada publicação disponível em seu idioma nacional.

3.5.6 *Categorias de depósito*

As Bibliotecas Depositárias das Nações Unidas podem ser de diferentes categorias, conforme o tipo e o volume de publicações que são enviadas. Existem as bibliotecas de depósito *parcial* e de depósito *completo*; estas possuem o acervo mais completo do que aquelas.

As bibliotecas de acervo parcial têm o direito de receber os seguintes materiais:

- a) Documentos oficiais dos órgãos principais das Nações Unidas;
- b) Publicações disponíveis para venda pelas Nações Unidas;
- c) Publicações periódicas que podem ser adquiridas por requisição, diretamente à ONU;
- d) Série de tratados das Nações Unidas.

As bibliotecas de depósito completo que, a juízo da Junta de Publicações das Nações Unidas, devem receber um maior volume de materiais, receberão, além dos materiais destinados para as bibliotecas de depósito parcial, os demais documentos e publicações das Nações Unidas de distribuição geral, desde que publicados na língua oficial eleita pela unidade depositária.

Apesar da classificação de depósito destinada à unidade de interesse, esta pode escolher os materiais que deseja receber, independente da categoria em que se enquadra (depósito parcial ou depósito completo), desde que esses materiais estejam disponíveis dentro da referida categoria. A biblioteca depositária pode eleger os

documentos no momento do contrato, assim como em qualquer outro momento posterior. Entretanto, não se pode fazer escolha por assunto, que leve a receber apenas alguns fascículos de séries distintas, pois o propósito é enviar coleções completas às unidades depositárias.

Além do material existente nas bibliotecas, existe uma relação de endereços eletrônicos da própria ONU e de seus órgãos subsidiários de livre acesso pela Internet; sendo restrito às bibliotecas de depósito completo somente o acesso ao Sistema de Documentos Oficiais das Nações Unidas (ODS), no qual pode-se recuperar a coleção de Documentos Oficiais da ONU, para essas unidades são fornecidas senhas.

Todas as bibliotecas depositárias assim designadas têm a obrigação de pôr o material que recebem aos cuidados de profissionais bibliotecários, sob a obrigação de mantê-lo em bom estado, disponível ao público gratuitamente e a unidade deve atender em horas de funcionamento convenientes. Igualmente, é esperado do profissional, empenho e dedicação para a divulgação e facilitação no acesso às publicações recebidas, que façam empréstimo interbibliotecas, aumentando ainda mais o campo de acesso às publicações da instituição para usuários impossibilitados de virem à unidade.

4 BIBLIOTECA DEPOSITÁRIA DAS NAÇÕES UNIDAS – DL 253

A Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul é,

desde 1969, concessionária de uma das 405 Bibliotecas Depositárias das Nações Unidas, existentes em vários países. A Biblioteca Depositária das Nações Unidas da Faculdade de Direito da UFRGS é a única existente no Rio Grande do Sul. No Brasil existem mais cinco Bibliotecas Depositárias das Nações Unidas, localizadas em Brasília, Florianópolis, Salvador, São Paulo e Viçosa.

O endereço completo da Biblioteca Depositária das Nações Unidas – DL 253 é:

FACULDADE DE DIREITO DA UFRGS
Biblioteca Depositária das Nações Unidas – DL 253
Av. João Pessoa, n. 80 – térreo
Centro – Porto Alegre/RS – 90040-000

4.1 Objetivo

O objetivo precípuo da Biblioteca Depositária das Nações Unidas – DL 253 é o de divulgar o material sobre os fins, princípios e atividades das Nações Unidas, possibilitando o acesso a documentos e publicações a todos os povos de forma igualitária.

4.2 Espaço físico

O espaço físico da Biblioteca é composto pelo setor de atendimento, no qual também se desenvolve o processamento técnico; espaço para leitura; espaço para consulta aos computadores e uma sala individual, destinada a trabalhos em grupo e a aulas, ministradas pelos professores da Faculdade e Programas de Pós-Graduação de Direito da UFRGS.

4.3 Usuários

A Biblioteca Depositária das Nações Unidas – DL 253 tem como usuários todos os membros da comunidade acadêmica, alunos de todas as universidades e faculdades do Estado e comunidade em geral.

4.4 Serviços oferecidos

Os serviços oferecidos pela biblioteca são basicamente os seguintes:

- a) O acervo da Biblioteca é aberto em sua totalidade ao público em geral, para consulta local;
- b) É facultado o empréstimo domiciliar a professores, estudantes e funcionários da UFRGS;
- c) É possível a renovação dos documentos, na Biblioteca, por telefone, (0XX 51) 3316-3472 ou por e-mail, bibonu@ufrgs.br;
- d) A Biblioteca disponibiliza aos consulentes o uso de computadores para a consulta pela *web*;
- e) A pesquisa pode ser solicitada, na Biblioteca, por telefone, ou por e-mail;
- f) As bibliotecas da UFRGS possuem catálogo *on line*: <http://obelix.ufrgs.br:4505/ALEPH>.

4.5 Categoria de depósito

Conforme a classificação das Nações Unidas, o acervo da Biblioteca Depositária das Nações Unidas – DL 253, é considerado um depósito completo, tendo o direito de receber o maior volume de documentos destinados a este tipo de unidade de depósito.

4.6 Acervo

O acervo da Biblioteca Depositária das Nações Unidas – DL 253 é único, diversificado e atualizado. Conta com assuntos que abrangem as mais diferentes áreas do conhecimento, tais como Economia, Estatística Social em âmbito mundial, Meio Ambiente, Comércio, Transferência de Tecnologia, Transportes, Direito Internacional, Direitos Humanos, Demografia e Problemas Sociais.

Entre as obras da biblioteca não se encontram apenas publicações das Nações Unidas, pois esta unidade também é centro de referência da União Européia, sendo recebedora de parte dos documentos, assim como tem acesso a bases de dados, da referida entidade. Além da ONU e da União Européia, outras entidades também doam suas obras para que sejam disponibilizadas aos usuários.

Para contemplar as áreas do conhecimento supramencionadas existem obras que merecem destaque, pois trazem, com muita propriedade e consistência, informações relevantes, que poderiam ser de grande utilidade aos pesquisadores e à comunidade em geral, principalmente no que se refere às questões de âmbito mundial.

As temáticas escolhidas para exemplificar a importância do acervo da Biblioteca Depositária das Nações Unidas – DL 253, atendem às questões discutidas atualmente sobre as consequências do fenômeno da globalização da economia que atinge o restante das manifestações humanas por todo o mundo, tipo de informações essas fun-

damentais para que se concretize a cidadania globalizada.

Entre as consequências da globalização destaca-se o incremento da interdisciplinaridade do conhecimento, gerado pela relação íntima e indissociável das ações e reações das diversas atividades do homem, implicando um estudo em conjunto das Ciências Sociais, Ciências Naturais e Ciências Aplicadas e Tecnológicas.

Como efeito da globalização, no âmbito das Ciências Sociais, destacam as *Relações Internacionais* como manifestações primárias para a concreta integração entre os grandes mercados econômicos e entre os povos, por conseguinte surgem o *Direito Internacional*, para regular as relações entre os países, os *Direitos Humanos* universais, que se referem diretamente ao cidadão, buscando igualdade e justiça diante de todos, independente de raça, cor e crença; e, através do conhecimento dos índices de *Desenvolvimento Humano*, se tem idéia de como a população mundial encara a nova ordem econômica, sabendo-se da evolução da fome, da saúde e da educação em todo o mundo.

Paralelamente ao avanço das relações econômicas entre os países, evoluem os estudos e investimentos nas Ciências Aplicadas e Tecnológicas; na *Agricultura*, destaca-se o surgimento dos alimentos transgênicos. O aumento da produção e o deslocamento das pessoas implicam a ampliação no setor de *Transportes*, que devem ser fiscalizados diante das normas de segurança de traslado. Os avanços dos estudos das Ciências Aplicadas e Tecnológicas são protegidos através das leis que re-

gulam a atividade de *Transferência de Tecnologia*, visando tanto ao progresso das empresas da negociação, como ao desenvolvimento econômico dos países.

Não somente as Ciências Sociais e as Ciências Aplicadas e Tecnológicas, voltadas diretamente para o homem, merecem destaque, pois urge uma atenção às Ciências Naturais, porque o meio ambiente é vítima do desenvolvimento econômico e está vivendo no limite de suas reservas, devido à exploração indiscriminada da fauna, da flora e de minerais, em detrimento da tecnologia. Os estudos de *Ecologia* mostram o ecossistema desequilibrado, no qual o avanço da população e a liberação de gases sobre a Terra causam eliminação de espécies cada vez mais raras, e a prática de uma agricultura não planejada, acarreta o esgotamento do solo. Diante dessa constatação, surge a idéia do *Desenvolvimento Sustentável*, buscando conciliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental e, ainda, ao fim da pobreza no mundo.

Tais temáticas são encontradas no acervo da Biblioteca Depositária das Nações Unidas – DL 253 tanto em livros, periódicos ou folhetos. Para concretizar o estudo, demonstram-se algumas publicações separadas pelas grandes áreas das Ciências Sociais, Ciências Aplicadas e Tecnológicas e Ciências Naturais.

5 CONCLUSÃO

A partir das considerações feitas no decorrer deste trabalho, percebe-se que a dimensão econômica é grande agente

monopolizador dos Estados. A globalização e a liberalização dos mercados transformam e desestabilizam os Estados nacionais. Conseqüentemente a sociedade sofre mudanças estruturais, no que tange aos aspectos políticos, econômicos, sociais e culturais, ainda antes não identificados pelo processo histórico.

A pirâmide estrutural da sociedade fica mais acentuada, com a base cada vez maior, incrementada pelo aumento das desigualdades agravadas pelas conseqüências da nova ordem econômica mundial, que destina os ganhos às classes capitalistas, tanto no âmbito local como mundial, encontradas no topo da pirâmide.

A cultura também é diretamente atingida pelo processo da globalização, pois a cultura local perde força pelo contato com as outras formas de manifestações, espalhadas pelo mundo através das multinacionais dos países hegemônicos e pelo avanço tecnológico da informação, que estreita os laços entre os povos.

Assim, a expansão da globalização, que estreita as relações entre os povos, dilui as fronteiras entre os Estados e aproxima os mercados e as culturas, é possível graças à massificação da informação, que circula por redes locais e internacionais interligadas, possibilitando o acesso em qualquer momento e lugar. Castells (1999) defende que a inclusão/exclusão em redes e a arquitetura das relações entre redes, possibilitadas por tecnologias da informação que operam à velocidade da luz, configuram os processos e funções predominantes em nossas sociedades.

Por conseguinte, o novo cenário da sociedade, configurado pela globalização, modifica o conceito de cidadania, antes vinculado ao Estado-Nação, hoje ampliado ao cenário mundial, surgindo uma concepção de *cidadania globalizada*, praticável também pelo acesso à informação. Assim, no contexto das práticas sociais, a informação é um elemento de fundamental importância, pois é por meio do intercâmbio informacional que os cidadãos se comunicam e tomam conhecimento de seus direitos e deveres e, a partir deste momento, tomam decisões sobre suas vidas, seja de forma individual, seja de forma coletiva.

Considera-se então, que a construção da cidadania passa necessariamente pela questão do acesso e uso de informação, pois tanto a conquista de direitos políticos, civis e sociais, como a implementação dos deveres do cidadão dependem fundamentalmente do livre acesso à informação sobre tais direitos e deveres, dependendo da ampla disseminação e circulação da informação, possibilitando um processo comunicativo de discussão crítica sobre as diferentes questões relativas à construção de uma sociedade mais justa.

Quéau (2001) também ressalta que o acesso à informação torna-se um fator chave na luta contra a pobreza, a ignorância e a exclusão social. Por essa razão não se pode deixar apenas nas mãos das forças do mercado o cuidado de regular o acesso aos conteúdos das redes informacionais. Pois são esses conteúdos que vão tornar-se o desafio fundamental do desenvolvimento humano.

Para viabilizar o acesso à informação por um público ainda mais significativo, existem entidades representativas que, além de trabalharem para o bem-estar social no âmbito mundial, também produzem informações úteis para uma sociedade mais justa e solidária, fomentando a prática da cidadania globalizada. Como exemplo do presente trabalho apresentou-se as Nações Unidas.

O complexo e dinâmico sistema de órgãos das Nações Unidas é responsável pela atuação da entidade maior nas diversas questões mundiais, visando amenizar as desigualdades, através da segurança e da paz entre os povos. A disseminação dos documentos desses órgãos é de responsabilidade do Centro de Informações das Nações Unidas, representado pelas Bibliotecas Depositárias das Nações Unidas espalhadas por todo o mundo.

Cabe às Bibliotecas Depositárias das Nações Unidas receber e tratar as publicações da ONU de forma que as tornem acessíveis gratuitamente a um número de usuários cada vez maior. Pois acredita-se que o conteúdo das publicações da ONU é de suma importância para a humanidade, no que diz respeito ao fenômeno de mundialização da sociedade, discutido atualmente. Para isso, sugere-se um trabalho educativo de divulgação dessas unidades e publicações que possuem, podendo ser aplicado na Biblioteca Depositária das Nações – DL 253, sediada na Faculdade de Direito da UFRGS, em Porto Alegre.

A escolha do acervo da Biblioteca Depositária das Nações Unidas – DL

253, como suporte para o conhecimento das questões mundiais, se dá graças às informações das publicações contempladas por essa biblioteca, de interesse de todos os povos, uma vez que são temáticas que estão na pauta de importantes movimentos sociais, como por exemplo as três edições do Fórum Social Mundial, realizado em Porto Alegre.

Outro ponto necessário de ser pensado é de reforçar a idéia de estabelecer estratégias em defesa dos direitos dos usuários, sugerindo o desenvolvimento de projetos informacionais para a sociedade, com base no acesso igualitário e a criação de sistemas simplificados e interativos, em que as pessoas tenham acesso a informações fundamentais para seu desenvolvimento pessoal e social.

Em uma sociedade globalizada o acesso e o uso das informações são de fundamental importância para a construção do cidadão globalizado; entretanto não basta para que essa cidadania se concretize. As informações são necessárias, porém o radical da palavra informação *informare* precisa se integrar efetivamente em *ação* para transformar-se em informação, pois somente através da ação e da prática cidadã é possível que os homens se compreendam e façam um mundo mais justo e humano.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Sonia. Observatório da Cidadania: monitorando as políticas públicas em âmbito global. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 28, n. 2, p. 139-145, maio/ago. 1999.

ARAÚJO, Eliany Alvarenga de. A Construção Social da Informação: dinâmica e contextos. *DataGramaZero: Revista de Ciência da Informação*, v. 2, n. 5, art. 3, out. 2001. Disponível em: <http://www.dgz.com.br>. Acesso em: jul. 2002.

_____. Informação, Sociedade e Cidadania: gestão da informação no contexto de organizações não-governamentais (ONGs) brasileiras. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 28, n. 2, p. 155-167, maio/ago. 1999.

ATAÍDE, Maria Elza Miranda. O Lado Perverso da Globalização na Sociedade da Informação. *Ciência da Informação*, v. 26, n. 3, p. 268-270, set.dez. 1997.

AUN, Marta Pinheiro. A Construção de Políticas Nacional e Supranacional de Informação: desafio dos Estados nacionais e blocos regionais. *Ciência da Informação*, v. 28, n. 2, p. 115-123, maio/ago. 1999.

BAPTISTA, Dulce Maria. A Busca da Informação por Parte de Entidades Representativas. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 30, n. 2, p. 16-19, maio/ago. 2001.

BARBALET, J. M. *A Cidadania*. Lisboa: Estampa, 1989. p. 11-24.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede*. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. v. I.

COSTA, Icléia Thiesen Magalhães. Informação, Trabalho e Tempo Livre: políticas de informação para o século XXI. *Ciência da Informação*, v. 28, n. 2, p. 136-138, maio/ago. 1999.

DANTAS, Audálio. Globalização Econômica e Manipulação da Informação. Desenvolvido por Movimento Humanismo e Movimento. Disponível em: <http://www.mhd.org/artigos/>

- audalio_globalizacao.html. Acesso em 15 ago. 2002.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Acesso Humanidade em Termos Jurídicos. In: MORAN, Edgar. *A Religião dos saberes: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2001. cap. 8. p. 257-266.
- DICIONÁRIO de Terminologia Arquivística. Lisboa: Inst. Da Biblioteca Nacional e do Livro, 1993. p. 31.
- FEATHERSTONE, Mike. *Cultura Global: nacionalismo, globalização e modernidade*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 1999.
- FUNDAÇÃO EUROPÉIA PARA A MELHORIA DAS CONDIÇÕES DE VIDA E DE TRABALHO. *A Prestação de Informação sobre os Serviços Sociais: questões, problemas e práticas na informação dos consumidores de serviços públicos*. Luxemburgo: A Fundação, 1989.
- GADOTTI, Moacir. Cidadania planetária: pontos para reflexão. In: _____. *Perspectivas Atuais da Educação*. Porto Alegre: Artmed, 2000. cap. 5. p.75-82.
- IANNI, Octavio. *A Sociedade Global*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.
- _____. *Teoria da Globalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.
- JARDIM, José Maria. Capacidade Governativa, Informação e Governo Eletrônico. *DataGramaZero: Revista de Ciência da Informação*, v. 1, n. 5, art. 1, out. 2000. Disponível em: <http://www.dgz.com.br>. Acesso em: jul. 2002.
- KRAUSE, Angela Alice Novelli. O MERCOSUL e a Globalização da Informação. *Informação*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, dez. 1997. Desenvolvido pelo Centro de Estudantes de Biblioteconomia da UFRGS. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cebi/dez97/mercosul.html>. Acesso em: 12 ago. 2002.
- LEFORT, Claude. O Direito Internacional, os Direitos do Homem e a Ação Política. *Tempo Social*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 1-10, maio 2000.
- LEGEY, Liz-Rejane; ALBAGLI, Sarita. Construindo a Sociedade da Informação no Brasil: uma nova agenda. *DataGramaZero: Revista de Ciência da Informação*, v. 1, n. 5, art. 2, out. 2000. Disponível em: <http://www.dgz.com.br>. Acesso em: jul. 2002.
- LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999.
- LOPEZ, Luiz Roberto. *Globalização: a história interativa*. In: FOLHA da História. Desenvolvido pela Empresa Jornalística Folha da História. Disponível em: http://www.folhadahistoria.hpg.ig.com.br/indice.geral_opi-niao.lrlopez.html. Acesso em: 12 ago. 2002.
- MÂNICA, Eliseu. Algumas Reflexões para uma Cidadania Instituinte e Planetária. *Direito e Justiça: reflexões sócio-jurídicas*, Santo Ângelo, v. 1, n. 1, p. 89-113, abr./2002.
- MAURIZI, Maria Rosa. El Acceso a la Información Pública: un derecho de los ciudadanos y una obligación del Estado: El caso chileno. *Magazine*, n. 21, sep. 2001. Disponível em: <file://C:\Meus documentos\El acceso a la inform.pública - Chile - DHIAL.htm>. Acesso em: 08 out. 2001.
- MENDES, António Marques. *A Globalização*. Disponível em: <http://www.causaliberal.org/documentosAMM/globalizacao.html>. Acesso em: 15 ago. 2002.
- MENOU, Michel J. Cultura, Informação e Educação de Profissionais de Infor-

- mação nos Países em Desenvolvimento. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 25, n. 3, p. 298-304, set./dez. 1996.
- MIRANDA, Antonio Lisboa Carvalho de, et al. Os Conteúdos e a Sociedade da Informação no Brasil. *DataGramaZero: Revista de Ciência da Informação*, v. 1, n. 5, art. 3, out. 2000. Disponível em: <http://www.dgz.com.br>. Acesso em: jul. 2002.
- MIRANDA, Antonio Lisboa Carvalho de. Globalización y Sistemas de Información: nuevos paradigmas y nuevos desafíos. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 25, n. 3, p. 308-313, set./dez. 1996.
- MORIN, Edgar. *Os Setes Saberes Necessários para a Educação do Futuro*. São Paulo: Cortez, 2000.
- NACIONES UNIDAS. Comité de Información. *Informe sobre el 24. Período de Sesiones (22 de abril a 2 de mayo de 2002)*. Nueva York: Naciones Unidas: 2002.
- _____. *Instrucciones para las Bibliotecas que Reciben Documentos y Publicaciones de las Naciones Unidas*. In: Biblioteca de las Naciones Unidas Dag Hammarskjöld. Desenvolvido pelas Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/depts/dhl/spanish/deplibs/stlib13s.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2002.
- _____. *Panorama General de los Centros de Información de las Naciones Unidas: Centros de Información, servicios y oficinas de las Naciones Unidas: mandato y funciones*. In: Centros de Información de las Naciones Unidas de todo el Mundo. Desenvolvido pelas Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/aroundworld/unics/spanish/panorama.htm>>. Acesso em: 06 dez. 2002.
- _____. *Principios Relativos a las Bibliotecas Depositarias de las Naciones Unidas*. In: Biblioteca de las Naciones Unidas Dag Hammarskjöld. Desenvolvido pelas Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/depts/dhl/spanish/deplibs/i189a11s.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2002.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Relatório de Desenvolvimento Humano: 2002: Aprofundar a democracia num mundo fragmentado*. Lisboa: Mensagem, 2002. 266 p.
- QUÉAU, Philippe. Cibercultura e Infoética. In: MORAN, Edgar. *A Religião dos Saberes: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2001. cap. 3. p. 460-480.
- _____. A Revolução da Informação: em busca do bem comum. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 27, n. 2, p. 198-205, maio/ago. 1998.
- ROCHA, Marisa Perrone Campos. A Questão Cidadania na Sociedade da Informação. *Ciência da Informação*, Brasília, v. 29, n. 1, p. 40-45, jan./abr. 2000.
- ROSNAY, Joël de. Conceitos e Operadores Transversais. In: MORAN, Edgar. *A Religião dos Saberes: o desafio do século XXI*. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 2001. cap. 1. p. 493-499.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *A Globalização e as Ciências Sociais*. São Paulo: Cortez, 2002.
- SANTOS, Milton. *Por uma Outra Globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- SILVEIRA, Sérgio Amadeu da. Exclusão Digital: a miséria na era da informação. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2001. p. 11-43.

VELÁSQUEZ, Gabriel Jaime Arango. Valor y Función de la Información en los Procesos Comunitarios y Ciudadanos de Construcción de Identidades Culturales. *Revista Interamericana da*

Biblioteca de Medellín, Colômbia, v. 24, n. 2, p. 83-99, jul./dic. 2001.

VIEIRA, Liszt. *Os Argonautas da Cidadania: sociedade civil na globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2001.

A Idéia de Sistema Jurídico e o Novo Código Civil: Contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do Direito

Antônio Maria Iserhard*

A idéia de sistema jurídico é a base de construção do próprio Direito. É sobre a noção de sistema jurídico que se dá a jurisdição, ou seja, a técnica de dizer o Direito, o que exige esforço hermenêutico, envolvendo interpretação, integração, correção e aplicação do Direito.

De maneira que a hermenêutica jurídica, ferramenta para o exercício da jurisdição, tem como ponto de partida uma visão sistemática do ordenamento jurídico.

Portanto, a concepção de sistema jurídico é pressuposto para o desenvolvimento do próprio Direito, de tal sorte que sistema jurídico e direito se identificam como se fossem a dupla face de Jano.

Para uma melhor noção do conceito de sistema jurídico, que se aplica a qualquer sistema, concorda-se que:

Há duas características que emergiram em todas as definições: a da ordenação e a da unidade; elas estão, uma para com a outra, na mais estreita relação de intercâmbio, mas são, no fundo, de separar. No que respeita, em primeiro lugar, à ordenação, pretende-se, com ela – quando se recorra a uma formulação muito geral, para evitar qualquer restrição precipitada – exprimir um estado de coisas intrínseco racionalmente apreensível, isto é, fundado na realidade. No que toca à unidade, verifica-se que este factor modifica o que resulta já da ordenação, por não permitir uma dispersão numa multitude de singularidades desconexas, antes devendo deixá-las reconduzir-se a uns quantos princípios fundamentais.¹

Quando se faz alusão ao sistema jurídico, logo se imagina a forma de pares binários, dualista, dicotômico e an-

* Doutor em Direito pela UFSC; professor no curso de Pós-Graduação da UNISC e na UCS; presidente da Escola Superior da OAB/RS.

1 CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1996. p.12-13.

titético, tais como externo e interno; aberto e fechado; móvel e imóvel; dinâmico e estático.

Legado jusnaturalista, a concepção sistemática do direito tornou possível o surgimento das grandes codificações, erigidas a partir do início do século XIX.

Neste sentido, o primeiro código a aparecer foi o Código Civil Francês, também conhecido como código napoleônico, em 1804, o qual não só influenciou as demais codificações do continente ocidental, a exemplo do Código Civil Alemão, de 1900 e o Código Civil Brasileiro, de 1916, como também serviu de base para a edificação dos grandes sistemas de direito civil, dos sistemas de direito privado e dos grandes sistemas jurídicos contemporâneos do mundo ocidental.

Contudo, convém lembrar que o código napoleônico por ser fruto de uma revolução, cujo lema era liberdade, igualdade e fraternidade, procurou substanciar tais ideários jusnaturalistas, visando a proporcionar garantia, segurança e certeza nas relações jurídicas.

Assim, o Código Civil Francês apresentou-se como um código fechado, completo e acabado, como se fosse um bloco sem fendas, pois pretendiam os legisladores reger todos os fatos da vida social, servindo de panacéia para a cura de todos os males.

De modo que não se pode descontextualizar a codificação civilista francesa de seu momento, eis que toda legislação é produto da sua própria historicidade cultural.

Anteriormente ao advento do Código Civil Francês, no regime feudal, vi-

cejava uma justiça venal, em que havia juízes peitados e senhores feudais arvorando-se em juízes, decidindo os litígios invariavelmente em detrimento dos servos da gleba, alvo de combate da Revolução Francesa, visando a suplantir o reino de injustiça instalado no antigo regime.

Por isso, compreende-se que a codificação civilista francesa se apresentasse como um monumento jurídico que assegurasse e preservasse formalmente os direitos conquistados, a fim de que não se retornasse ao anterior regime.

Tal codificação, defendida pela escola exegética francesa, infundiu a crença da infalibilidade do legislador como se fosse um ser onisciente, onipresente e onipotente, capaz de prever todos os fatos que pudessem ocorrer na sociedade.

Estava aí lançada a semente no solo fértil do movimento exegético que se seguiu na França, com a escola exegética francesa, na Alemanha, com a escola dos pandectas e na Inglaterra, com a escola analítica.

O exegetismo é caracterizado pelo fetichismo legalista, emprego do método dedutivo e silogismo jurídico na solução dos conflitos sociais, tendo no texto legal o ponto de partida, do qual é deduzido logicamente a solução jurídica, através de um raciocínio subsuntivo do fato à regra jurídica, fórmula cômoda de solução dos conflitos sociais.

Do positivismo legalista ao normativismo jurídico kelseniano, forma extremada do positivismo jurídico, foi só questão de tempo. Apareceu, então, em 1934, a 1ª edição alemã da *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen, tentativa

mais acabada de construção de uma Ciência do Direito, constituindo ainda hoje, o pensamento jurídico dominante no mundo ocidental.

Kelsen, com sua assepsia axiológica, legou ao mundo ocidental uma teoria do Direito sem o Direito, tal a purificação a que submeteu o conhecimento jurídico. Sua postura monista, ao identificar Estado, direito e lei, reduz o fenômeno social que é o Direito, ao puro juridismo. Apresenta o sistema jurídico como um sistema de normas, cujo fundamento e conteúdo de validade são deduzidos logicamente de uma norma fundamental, fictícia.

Um sistema de normas cujo fundamento de validade e conteúdo de validade são deduzidos de uma norma pressuposta como norma fundamental é um sistema estático de normas.²

Kelsen fecha o sistema jurídico a tal ponto de não admitir a existência de lacunas, pois o que não está proibido é juridicamente permitido pelo sistema normativo, elevando com sua postura gnosiológica o formalismo jurídico ao grau extremo de radicalização.

No entanto, não obstante as críticas dirigidas contra o exegetismo, desferidas pelo utilitarismo, teleologismo, sociologismo, livre investigação científica do direito, escola do direito livre e a própria escola histórica do direito, dentre outras, o positivismo jurídico seguiu seu curso, fazendo ouvidos moucos para as críticas que lhe foram endereçadas.

Durante sua travessia histórica, desde seu aparecimento com o Código Civil Francês, o positivismo jurídico não apresentou respostas para o problema das lacunas, da lei injusta, da contradição de princípios e dos conceitos indeterminados.

O positivismo, por seu turno, soçobra em quatro aspectos decisivos, todos eles reconhecidos. Em primeiro lugar, um positivismo cabal não admite – não pode admitir – a presença de lacunas. E quando, levado pela evidência, acabe por aceitá-las, não apresenta, para elas, qualquer solução material: a integração da lacuna – operação que, por excelência, exige o contributo máximo da Ciência do Direito – realizar-se-á, pois à margem do pensamento jurídico.

Um tanto na mesma linha, verifica-se, depois, que o positivismo não tem meios para lidar com conceitos indeterminados, com normas em branco e, em geral, com proposições carecidas de preenchimento com valorações: estas realidades, cada vez mais difundidas e utilizadas nos diversos setores do ordenamento, carecem, na verdade, de um tratamento que, por vezes, tem muito em comum com a integração das lacunas. E tal como nesta, também naquelas *jus positum* pode não oferecer soluções operativas: o positivismo cairá, então, no arbítrio do julgador.

Muito importante na crítica ao positivismo é a sua inoperacionalidade em situações de contradições de princípios. A possibilidade de tais contradições, há muito presente em ENGISCH, por exemplo, encontra-se equacionada na presente obra, por CANARIS, numa esquematização que não oferece dúvidas ou dificuldades. Ora, a postura metodológica

2 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 5. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979. p. 270.

juspositiva não pode, perante o fenômeno, senão negá-lo, ignorá-lo ou remeter a sua solução para os acasos das decisões subjetivas.

Finalmente, o juspositivismo detém-se perante a questão complexa mas inevitável das normas injustas. Desde logo, a idéia de “injustiça” duma norma regularmente produzida é de difícil – quiçá impossível – representação para as orientações que, do *jus positum*, tenham uma concepção auto-suficiente: falece uma bitola que viabilize o juízo de “injustiça”.³

O Código Civil Brasileiro, apresentava uma tábua sistemática de matérias, que era o retrato da sociedade agrária da época, expressada do modelo de estado liberal.

Na parte especial, tratava inicialmente *Do Direito de Família*, fundada no casamento legítimo, cujo vínculo é inviolável, tendo na figura do marido o chefe da sociedade familiar, com poder marital e pátrio poder. No livro II, cuidando *Do Direito das Coisas*, marcado pela figura do proprietário, possuidor, dono de propriedade e titular de direitos reais sobre coisas alheias. O livro III, ao dispor *Do Direito das Obrigações*, destaca a imagem do contratante. Finaliza, com o tratamento *Do Direito das Sucessões*, no livro IV, onde destaca o testador.

Portanto, o código civil de 1916 é o estatuto do homem liberal.

Passados mais de 85 anos de vigência, surge um novo código civil, elaborado por uma comissão de juristas presidida pelo professor Miguel Reale, ini-

ciando os trabalhos em 1969, há mais de 30 anos.

O novo código civil, Lei 10.406, de 10/01/2002, em vigor desde 11 de janeiro do ano em curso, resulta de um projeto de lei que chegou à Câmara Federal no ano de 1975. Portanto, já nasce velho, traduzindo o fracasso da codificação, haja vista que fotografa o tempo passado, denunciando que o Direito não acompanha as mutações sociais.

Do encaminhamento do projeto à Câmara dos Deputados até sua publicação, muitos diplomas legislativos foram promulgados, tais como: a Lei do Divórcio, Lei 6.515, de 26/12/1977, o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069, de 13/07/1990, o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 11/09/1990 e mais recentemente o Estatuto da Cidade, Lei 10.257 de 10/07/2001.

Por aí se vê a plethora legislativa produzida, não incorporada originariamente ao novo Código Civil, para não falar no direito ambiental, na bioética, no biodireito e no direito virtual.

Aliás, após a vigência do código civil ocorreu acentuada proliferação legislativa tanto em nível constitucional, com as constituições federais de 1934, 1937, 1946, 1967, com emenda nº 1 de 1969 e a magna carta de 1988, quanto infraconstitucional, como o Estatuto da Mulher Casada, Lei 4121 de 27/08/1962 e o Código de Processo Civil, Lei 5.869, de 11/01/1973.

3 CORDEIRO, A. MENEZES In: CANARIS, Wilhelm Claus. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2.ed. Introdução e tradução A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste, 1996. p.xx - xxiii.

Atentando-se para a estrutura do novo Código Civil verifica-se que, à exceção da introdução de um novo livro, intitulado *Do Direito de Empresa*, na parte especial, tentativa fracassada de procurar unificar o Direito das Obrigações Civil e Comercial, permanece a mesma do código revogado, porém alterando-se a disposição sistemática na ordem de apresentação dos demais livros desta parte especial.

De sorte que ao lado das figuras do marido, do proprietário, do contratante e do testador, aparece a do empresário. Tal inovação, trazida a respeito *Do Direito de Empresa*, lembra o liberalismo.

O que é mais problemático na admissão da existência de um direito da empresa é que este pode limitar inadmissivelmente a liberdade de comércio e de concorrência numa área não abrangida por normas especiais.⁴

Por isso mesmo, a expressão *Direito de Empresa* parece equivocada por não se coadunar com os novos rumos do sistema jurídico. Passou-se do Estado liberal para o Estado social.

A nova ordem constitucional sintetizada na magna carta de 1988, trouxe consigo a constitucionalização do Direito civil, e a exigência que o novo Código Civil seja o estatuto da pessoa humana, ao invés de continuar sendo o estatuto do homem, do indivíduo abstrato, coisificado, próprio do Código Civil antigo.

Mas, para isto não basta só mudar a legislação. É necessário mudar a mentalidade dos juristas, assumir nova postura hermenêutica frente aos conflitos, que não se cingem meramente aos interindividuais, mas que são cada dia mais transindividuais, difusos e coletivos.

A grande questão a desafiar a imaginação dos operadores do Direito, consiste na harmonização dos textos legislativos, pelo que reclamam uma visão interdisciplinar do fenômeno jurídico.

A segurança, a certeza e a garantia das relações jurídicas restaram liquidadas com o fim da modernidade, pela impossibilidade de se sustentar a existência de fórmulas prontas para a solução dos problemas sociais, cada vez mais complexos.

Urge repensar o sistema jurídico, cuja plenitude lógica não passa de um mito, não podendo funcionar como redutor da complexidade social.

Não há mais lugar para sistemas jurídicos fechados, homogêneos e herméticos no mundo globalizado. Vivenciamos uma cultura pós-moderna que atinge o próprio sistema jurídico, “caracterizada por quatro fenômenos: o pluralismo, a comunicação, a narratividade e o retorno aos sentimentos (*retour aux sentiments*), cujo *leitmotiv* seria o papel primordial dos direitos humanos”.⁵

O pluralismo das fontes normativas, de sujeitos, a comunicação, cujo tempo não mais se controla, a narratividade

4 LEITÃO, Adelaide Menezes. *Estudo de Direito Privado sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*. Coimbra, Almedina, 2000. p. 126.

5 TEPEDINO, Gustavo. apud Jayme, Erick. *Anais*, v. I, XVII Conferência Nacional dos Advogados. Justiça e Utopia. Código Civil, os chamados microsistemas jurídicos e a constituição. Rio de Janeiro, UERJ, 1999, p. 191.

de, face à existência de normas jurídicas que simplesmente dão uma certa diretiva e os direitos humanos, orientados pela dignidade da pessoa humana, estão a caracterizar a cultura pós-moderna, como apontou Erick Jayme.

Vive-se a era dos estatutos, em que determinados institutos, categorias e conceitos se independentizam do Código Civil, desenvolvendo-se em microssistemas, tal como ocorreu com o Estatuto da Mulher Casada, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente e mais recentemente o Estatuto da Cidade.

A proliferação destes diplomas legislativos, usurpando da codificação civil determinados institutos, como ocorreu com a locação de serviços, regulada pela consolidação das leis do trabalho e com a locação de coisas, regada pela lei de locações, nos sucessivos diplomas do inquilinato emergidos após o surgimento do Código Civil de 1916, dentre outros, caracterizam o fenômeno que se convencionou chamar de descodificação do Direito Civil.

Deste modo, a codificação civil vem experimentando sucessivo estilhaçamento, resultando enfraquecida sua previsibilidade normativa, pelo que outros textos legais quer constitucionais quer infra-constitucionais, devem ser cotejados na interpretação, integração, correção e aplicação do direito.

O juiz já não é mais a *boca da lei*, no dizer de Montesquieu, mas o criador do direito no caso concreto. Houve um deslocamento interpretativo, do legislador para o julgador.

Para a aplicação do direito já não são suficientes os parâmetros interpretati-

vos antropomórficos da vontade do legislador ou animista da vontade da lei, mas impõem-se uma nova visão sistêmica do direito.

Se nos primórdios do direito, a fonte jurídica eram os costumes, posteriormente a doutrina, que cedeu lugar ao primado da lei, com a positivação do direito. Hodiernamente, reside na própria interpretação, posto que todas as formas de expressão do jurídico são convocadas para dizer o direito.

Não tem lugar, hoje, para renovar o debate travado no século XIX, pelos juristas alemães Thibault e Savigny sobre a necessidade de codificação para o direito civil.

A questão não pode ser colocada em termos de codificação ou descodificação, sistematização ou assietematização, macrossistema ou microssistema, porquanto todos os textos legais devem ser chamados para o esclarecimento hermenêutico na aplicação do direito, que deve se travar na centralidade do caso. Não há mais lugar para posturas maniqueístas.

A previsão normativa cede terreno cada vez mais para os enunciados normativos, cuja narratividade importa em diretrizes para o julgador, que deve recorrer a valores, mesmo até fora do sistema jurídico, para integrar o direito numa perspectiva de harmonização de princípios e regras jurídicas, não raro conflitantes.

Há uma mudança de paradigmas que passa da centralidade do Código Civil para a centralidade do caso concreto. Pode-se dizer que ao lado dos conceitos indeterminados e da eclosão de conflitos de princípios constitucionais, proliferam o aparecimento de cláusulas gerais, a de-

safiar a capacidade do julgador no provimento do direito de forma justa.

Segundo Guido Alpa,

as cláusulas gerais não representam nem princípios dedutivos nem princípios de argumentação dialética; trata-se de uma diretiva para a procura da norma de decisão, de uma técnica de formação judicial da regra a aplicar ao caso concreto, sem um modelo de decisão pré-constituído devido a uma factispecie abstrata. Identificar as cláusulas gerais com os princípios gerais é uma operação de aproximação que peca por defeito e por excesso. Entre conceito determinado e indeterminado há uma diferença de grau e não de espécie. Enquanto que entre conceitos indeterminados e cláusulas gerais há uma diferença de natureza. Os primeiros são indeterminados no plano ligüístico ao passo que as segundas são indeterminadas no plano dos valores.⁶

O novo Código Civil, além dos conceitos indeterminados de boa-fé, bons costumes, abuso de direito, equidade, falsa causa, falsidade, idoneidade, indignidade, injúria, juízo perfeito, justo motivo, caso fortuito, força maior, dentre outros, que perpassa todo o arcabouço civilista de Clóvis Bevilacqua, inova ainda com os institutos da lesão, do estado de perigo, da justa causa, do castigo imoderado, trazendo ainda as cláusulas gerais da função social do contrato e da função social da propriedade, respectivamente, em colisão com a autonomia da vontade e a propriedade absoluta.

Por conseqüência, a diretriz trazida no novo arcabouço civilista está a orientar

o julgador para a função social, conteúdo do direito de propriedade e do direito contratual, na aplicação do direito.

Por certo que haverá colisão de princípios, na aplicação do direito em muitas situações jurídicas, quando em confronto o direito de propriedade privada e sua função social, a autonomia da vontade e a função social do contrato, que por sua vez deverá ser solucionado levando-se em consideração o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito.

A nova codificação civilista procura refletir o Estado social, ao estabelecer a igualdade dos cônjuges e dos filhos.

A problemática hermenêutica consiste em como aplicar as cláusulas gerais na solução do caso concreto. Atente-se, por exemplo, para a resolução do contrato por onerosidade excessiva, para concretização da probidade e da boa-fé, na conclusão e execução do contrato, previstas no novo Código Civil.

Assiste-se, pois, com a chegada da nova codificação civil um alargamento ainda maior do espaço dos conceitos indeterminados.

Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no direito.⁷

A mudança experimentada no direito, passa de uma matriz positivista formal para um modelo positivo social,

6 LEITÃO. *Estudo de Direito Privado...* p. 122-123.

7 ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 3. ed.. Lisboa: Calouste, 1964. p. 173.

afetando a própria idéia de sistema jurídico, pelo que:

o sistema não é, necessariamente, axiomático, fechado, completo e dedutivo, antes comportando todas as operações que a moderna doutrina tem vindo a isolar. O pensamento sistemático em jogo é, em termos claros muito diferente do inicial.⁸

A idéia de sistema não pode ser rejeitada, pois a partir de sua base se edifica todo o direito. Urge, neste momento, enfrentar os problemas que o positivismo jurídico durante muito tempo escamoteou, principalmente dos conceitos indeterminados, agravados com o surgimento intensivo das cláusulas gerais, comprometendo a previsibilidade normativa do estatuto civilista.

O novo Código Civil mantém a parte geral com base na justificativa de reforçar a própria idéia de sistema, na medida em que está interligada com a parte especial.

Contudo, não pode a parte geral estruturar todo o sistema jurídico, sob pena de admitir-se que a partir dela se deduziriam logicamente as soluções para o contido na parte especial.

O Direito não é um sistema meramente dedutivo, é sim um sistema dialético, orientado ao problema, é uma recompilação de pontos de vista sobre o problema em permanente movimento; é aberto e pragmático.⁹

Os lidadores do Direito devem saber operar com os novos conceitos que per-

meiam o novo Código Civil, a iniciar, na parte geral, com os conceitos de pessoa, que não é mais o do homem abstrato, de personalidade, bastante desenvolvido, de negócio jurídico, que não se confunde com o contrato.

É preciso ter presente ainda, que o simples aspecto de iniciar o tratamento da parte especial com a temática *Das Obrigações*, não significa prestígio ou desprestígio desta instituição em relação a outras dispostas na ordem seqüencial da disposição das demais instituições do novel diploma legislativo.

O que dá mobilidade ao sistema jurídico civil são as cláusulas gerais, funcionando como servidão de passagem do próprio sistema jurídico, por onde transitam os valores, mesmo os oriundos fora do Código Civil, voltados para os valores não patrimoniais.

As cláusulas gerais, por conterem a narrativa, as diretrizes e a comunicação para os operadores do Direito, servirão de balizamento para a sua aplicação, permitindo-lhes enfrentar a centralidade do caso, sem incorrer em mero casuísmo

O novo Código Civil, por sofrer os influxos da constitucionalização do direito privado, deve ancorar-se na hermenêutica constitucional. Porém, a lei, os costumes, a doutrina, a jurisprudência, os princípios gerais do direito, a analogia e a equidade, devem ser convocadas a depor na grave missão de dizer o direito, tarefa que exige interpretação, integração, e correção, visando aplicar o direito justo.

8 CORDEIRO, A. MENEZES In: CANARIS, *Pensamento Sistemático...* p. lxx.

9 LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.80.

Totalmente no começo estão ainda os esforços para a integração do antigo sistema do direito privado no conjunto da ordem jurídica actual. Os aspectos elaborados e os problemas vitais ameaçam cada vez mais transplantar-se para a constituição social e para os direitos administrativo, econômico e social; a isto corresponde um certo despovoamento dos núcleos mais centrais do direito privado tradicional. Talvez este perigo seja evitado se a ciência do direito privado se aplicar sobretudo à preparação e elaboração sistemática daqueles problemas que hoje se formam nos terrenos marginais situados na linha divisória entre a conformação social e a proteção dos interesses privados – precisamente no domínio em que, de acordo com o que antes foi dito, residem também as questões materiais do seu destino.¹⁰

Tem-se, pois, que o grande desafio apresentado aos operadores do direito é a própria harmonização das fontes jurídicas, às quais se somam as cláusulas gerais infestando todo o sistema jurídico civilista e privado.

Não há mais lugar para catalogar casos, pois cada caso requer seja enfrentado na sua centralidade, exigindo do hermenêuta uma formação sócio-cultural, técnico-jurídica, prático-profissional e ético-política.

Sendo assim, então para a ciência do Direito como também para a filosofia “prática” (quer dizer, a ética e a filosofia do Direito), a única espécie de sistema ainda possível é o sistema “aberto” e, até um

certo grau, “móvel” em si, que nunca está completo e pode ser continuamente posto em questão, que torna clara a “racionalidade intrínseca”, os valores directivos e os princípios do Direito.¹¹

Neste sentido, a fonte do direito passa a ser sua própria interpretação e seu limite passa a ser a ética.

REFERÊNCIAS

- CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1996.
- CÓDIGO Civil. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- O NOVO Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 3. ed. Lisboa: Calouste, 1964.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 4. ed. Coimbra: Aménio Amado, 1979.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste, 1997.
- LEITÃO, Adelaide Menezes. *Estudo de Direito Privado Sobre a Cláusula Geral de Concorrência Desleal*. Coimbra: Almedina, 2000.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

10 WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1967. p.722.

11 LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 241.

- TEPEDINO, Gustavo. Justiça e Utopia: Código Civil, os chamados microssistemas jurídicos e a constituição. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS, 17, 1999, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: UERJ, 1999.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2.ed. Lisboa: Calouste, 1967.

Proteção do consumidor no âmbito do comércio eletrônico*

Claudia Lima Marques**

INTRODUÇÃO

Autores alemães denominam o comércio eletrônico de “colocação eletrônica à distância” de produtos e serviços (“*elektronische Fernabsatz*”),¹ de “negócio eletrônico” (*elektronische Geschaeftsverkehr*),² ou de negó-

cios através da Internet (*Geschaeftsverkehr über das Internet*).³ A doutrina brasileira prefere denominá-los “contratos eletrônicos”,⁴ “contratos por computador”⁵ Efetivamente, desde a década de 90, há um espaço novo de comércio,⁶ que é a Internet, as redes eletrônicas e de telecomunicação

* Conferência apresentada no Painele Direitos do Consumidor, dia 12 de novembro de 2002, na XVIII Conferência Nacional dos Advogados – Cidadania, Ética e Estado, em Salvador da Bahia, organizada pelo Conselho Federal da OAB.

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

1 REICH, Norbert; NORDHAUSEN, Annette. *Verbraucher und Recht in Elektronischen Verkehr* (eG). Baden-Baden: Nomos, 2000. p. 36.

2 STECKLER, Brunhilde. *Grundzüge des EDV-Rechts*. Munique: Vahlen, 1999. p. 200.

3 WIMMER, Norbert; GERHARD, Michael. *Der Online-Provider im neunten Multimedia-recht*. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 135.

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

5 SANTOLIM, Cesar Viterbo Matos. *Formação e Eficácia Probatória dos Contratos por Computador*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 21 e seg.

6 Como ensina STECKLER, p. 278, os meios usados para esta contratação à distância podem ser o telefone (com pessoas ou gravações, voice-mail, audiotexte etc.), rádio ou telefone com

de massa.⁷ Trata-se do denominado “comércio eletrônico”, comércio realizado através de contratações à distância, as quais são conduzidas por meios eletrônicos (*e-mail*, etc.), por Internet (*on-line*) ou por meios de telecomunicações de massa (*telemarketing*, TV, TV a cabo, etc.), sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar (e sim à distância).⁸ Daí ter denominado estes contratos de contratos à distância no comércio eletrônico.⁹

O novo Código, recém aprovado em 10 de janeiro de 2002, nada menciona sobre os contratos de comércio eletrônico, mas não desconhece os meios eletrônicos de reprodução (Art. 225 refe-

rente à prova)¹⁰ e de arquivo (Art. 1180 sobre escrituração).¹¹

A nova Lei 10.406 de 2002 também não conhece as expressões ‘Internet’, nem contratação ‘à distância’, mas regula a contratação entre ausentes sob a mesma tradicional orientação do Código Civil de 1916 (veja art. 1086 do CC/16), de acordo com a teoria da expedição da aceitação (veja o novo Art. 434).¹²

O Código Civil de 2002 inova ao unificar as obrigações civis e empresariais, mas mantém a linha do Art. 1081 do CC/16 ao estabelecer para todas estas relações jurídicas, civis e empresariais, entre ausentes e presentes, a possibilidade de revogação da proposta já realizada (Art. 428).¹³ Ao

imagens, videotexto, microcomputadores, televisão, com teclado ou tela de contato, e-mail, telefax, teleshopping e outras técnicas semelhantes.

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

8 Elementos retirados da Diretiva 97/7/CE, de 20 de maio de 1997, sobre contratação à distância (Widmer/Baehler, p. 179 e seg.) e dos comentários de REICHORDHAUSEN, p. 36.

9 MARQUES, Claudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2002, p. 97 e seg.

10 O texto original é: “Art. 225. As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.”

11 O texto original é “Art. 1.180. Além dos demais livros exigidos por lei, é indispensável o Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica.”

12 O texto original é: “Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: I – no caso do artigo antecedente; II – se o proponente se houver comprometido a esperar resposta; III – se ela não chegar no prazo convencionado.”

13 O texto original é: “Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta: I – se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa

permitir que se limite ou revogue a proposta, revela, assim, a nova lei o apreço ao poder de autodeterminação para existir a autovinculação (em alemão, *Selbstbestimmung – Selbstbindung*), privilegiando a teoria da vontade (Art. 112)¹⁴ e não as teorias da declaração ou da confiança (veja art. 30 e 35 do Código de Defesa do Consumidor). No novo sistema geral do CC/2002, é pequeno o grau de vinculação, que esta declaração do proponente visando um contrato possui (Art. 427),¹⁵ mesmo considerando-se que o CC/2002 expressamente prevê que a falta de comunicação entre os futuros contratantes pode levar à reparação dos eventuais danos (Art. 430).¹⁶

No CC/2002, a retirada da proposta por parte do proponente não é considerada, porém, *per se* como um dano, apesar da confiança despertada. Assim, mesmo sendo a proposta uma “oferta pública” pode o proponente retirá-la, se reservou esta opção expressamente na oferta e se o fizer através do mesmo meio usado para atingir ao público (Art.

439).¹⁷ Esta regra ‘conflita’ com o determinado no Código de Defesa do Consumidor (Art. 30, 35, 36 e 37 do CDC), segundo o qual a oferta ao público de consumo, que cria confiança, não pode ser ‘retirada’, nem sequer por erro na publicidade ou por uso do mesmo meio. A oferta no sistema do CDC vincula e integra o futuro contrato (Art. 30 do CDC), podendo o consumidor exigir seu cumprimento, a rescisão com perdas e danos e a entrega de coisa semelhante (Art. 35 do CDC).

Se o CDC, lei especial, dispõe de uma forma, e a nova lei geral dispõe diferentemente, a pergunta resultante é que norma prevalecerá, a da lei especial ou a da lei geral posterior. A pergunta implícita é se estas normas realmente estão em conflito. Esta pergunta da existência ou não de conflito não deve ser subestimada, pois o novo CC e o CDC têm campos de aplicação diferentes, uma lei tutelar, principiológica, de origem constitucional (Art. 48 ADCT e Art. 5º, XXXII da CF/88), centrada pós-modernamente na prote-

que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante; II – se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente; III – se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado; IV – se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente.”

14 *Texto original* é: “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

15 *O texto original* é: “Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.”

16 *O texto original* é: “Art. 430. Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este comunicá-lo-á imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos.”

17 *O texto original* é: “Art. 429. A oferta ao público equivale a proposta quando encerra os requisitos essenciais ao contrato, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos. Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.”

ção do sujeito vulnerável, no diferente, no sujeito mais fraco na relação fornecedor-consumidor e com campo de aplicação *rationae personae* difuso, coletivo, individual homogêneo e individual puro; outra uma lei moderna, geral, centrada na igualdade entre civis e empresários nas suas relações civis puras e interempresárias.

Certo é que o comércio eletrônico hoje é realizado mais entre empresários (*Business-to-Business* ou B2B), mas a tendência é que o contratação eletrônica entre fornecedores e consumidores (*Business-to-Consumer* ou B2C) também cresça.¹⁸ Guido Alpa, na edição de 2002 de seu livro sobre o direito dos consumidores, é enfático na necessidade de proteger de forma eficiente os consumidores também quando eles utilizam-se do meio eletrônico para contratar.¹⁹ O Código Civil alemão (BGB), reformado em 2000 e 2001, incluiu agora normas que reproduzem as linhas das Diretivas sobre proteção dos contratantes nos contratos à distância e no comércio eletrônico, em especial se são consumidores (§ 13 do BGB-reformado). A doutri-

na mundial é unânime que a interpretação dos contratos do comércio eletrônico envolvendo consumidores deve ser diferenciada, sensível à proteção do contratante mais fraco e leigo, o consumidor.²⁰ Temos que saber, pois, a partir de janeiro de 2003 que normas se aplicam à contratação eletrônica civil, empresarial e de consumo.

Neste artigo, pois, quero analisar o comércio eletrônico no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor, discutindo dois temas: (1) o conflito ou diálogo entre o Código Civil novo e o CDC nesta matéria e (2) quais as normas principais a guiar a conclusão dos contratos pela Internet e a impor os requisitos formais da declaração eletrônica de vontade.²¹

1 O CONFLITO OU DIÁLOGO ENTRE O CÓDIGO CIVIL E O CDC EM MATÉRIA DE COMÉRCIO ELETRÔNICO

Em seu curso Geral de Haia, de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, ensinava que, face ao atual “pluralis-

18 GAMBOGI CARVALHO, Ana Paula. *Contratos via Internet*, Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 20 esclarece que na América Latina, em 2000, já existiam 8,12 milhões de Internautas e no Brasil, 4,25 milhões, com previsão que este número em 2003 cresça para mais de 10 milhões.

19 ALPA, Guido. *Il Diritto dei consumatori*, Roma: Laterza, 2002, p. 360.

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

21 Veja, para mais detalhes, a obra de GAMBOGI CARVALHO, p. 21 e seg.

mo pós-moderno”²² de um Direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo.²³ Efetivamente, cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporânea. A expressão usada em geral era a de “conflitos de leis no tempo”,²⁴ a significar que haveria uma ‘colisão’ ou conflito entre os campos de aplicação destas leis. Assim, por exemplo, uma lei anterior, como o Código de Defesa do Consumidor de 1990 e uma lei posterior, como o novo Código Civil Brasileiro de 2002, estariam em ‘conflito’, daí a necessária ‘solução’ do ‘conflito’ através da prevalência de uma lei sobre a outra e a conseqüente exclusão da outra do sis-

tema (abrogação, derrogação, revogação).

Em outras palavras, nesta visão “perfeita” ou “moderna”, teríamos a “tese” (lei antiga), a “antítese” (lei nova) e a conseqüente síntese (a revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema (jurídico). Os critérios para resolver os conflitos de leis no tempo seriam assim apenas três: anterioridade, especialidade e hierarquia, a priorizar-se, segundo Bobbio, a hierarquia.²⁵

A doutrina atualizada, porém, está à procura hoje mais da harmonia e da coordenação entre as normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema)²⁶ do que da exclusão. É a denominada “coerência derivada ou restaurada” (“*cohérence dérivée ou restaurée*”),²⁷ que em um momento posterior à decodificação, à tópica e à micro-recodificação,²⁸ procura uma eficiência

22 Segundo Erik Jayme as características, os elementos da cultura pós-moderna no direito seriam: o Pluralismo, a Comunicação, a Narração, o que Jayme denomina de “le retour des sentiments”, sendo o Leitmotive da pós-modernidade, a valorização dos direitos humanos. JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v.2, 1995, II, p. 36 e seg.

23 JAYME, *Recueil des Cours*, 1995, II, p. 60 e p. 251 e seg.

24 Preferível é a expressão neutra Direito intertemporal, já usada por FRANÇA, R. Limogi. *Direito Intertemporal Brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 9 e seg.

25 Veja BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. São Paulo, Brasília: Ed. Pollis, Universidade de Brasília, 1990, p. 92 e BOBBIO, Norberto. Des critères pour résoudre les antinomies”, In: PERELMAN, CH. (Coord.), *Les Antinomies en Droit*. Bruxelas: Bruylant, 1965, p. 255.

26 Veja SAUPHANOR, Nathalie, *L'Influence du Droit de la Consommation sur le système juridique*, Paris: LGDJ, 2000, p. 23 a 32.

27 Expressão de SAUPHANOR, p. 32.

28 Mencione-se aqui que a sempre citada obra de CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de Sistema do Direito*. Lisboa: Gulbelkian, 1989, constroi sua idéia de sistema justamente criticando a tópica, p. 255 e seg. sobre tópica veja WIEHWEG, Theodor.

não só hierárquica,²⁹ mas funcional³⁰ do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo,³¹ a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não-coerência’.³²

Costumava-se afirmar, quanto ao tipo de conflitos de leis no tempo, que poderiam existir: ‘conflitos de princípios’ (diferentes princípios presentes em diferentes leis em conflito), ‘conflitos de normas’ (conflitos entre normas de duas leis, conflitos ‘reais’ ou ‘aparentes’, conforme o resultado da interpretação que o aplicador das leis retirasse), e ‘antinomias’ (conflitos ‘pontuais’ da convergência eventual e parcial do campo de aplicação de duas normas no caso concreto).³³

Erik Jayme³⁴ alerta-nos que os tempos pós-modernos, onde a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do *droit à la différence* (direito a ser diferente e ser tratado dife-

rentemente, sem necessidade mais de ser ‘igual’ aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de ‘mono-solução’. A solução sistemática pós-moderna deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. Nestes tempos, a *superação* de paradigmas é substituída pela *convivência dos paradigmas*,³⁵ a revogação expressa pela incerteza da revogação tácita indireta através da incorporação (veja Art. 2043 do novo Código Civil), há por fim a convivência de leis com campos de aplicação diferentes, campos por vezes convergentes e, em geral diferentes, em um mesmo sistema jurídico, que parece ser agora um sistema (para sempre) plural, fluido, mutável e complexo.³⁶ Não deixa de ser um paradoxo que o ‘sistema’, o todo construído, seja agora plural...³⁷

O grande mestre de Heidelberg propõe então a convivência de uma segun-

Tópica e Jurisprudência. Tradução Tércio S. Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, MJ-UnB, 1979.

29 Veja sobre a crise ou neutralização do critério da hierarquia e a utilização de outros critérios, GANNAGÉ, Léna, *La Hiérarchie des Normes et les Méthodes du Droit International Privé*. LGDJ, Paris, 2001, p. 25 e 26.

30 SAUPHANOR, p. 30.

31 Veja sobre a necessidade de ‘coordinamento con altre disposizioni’ do Código Civil e das leis especiais de proteção do consumidor, ALPA, Guido et al., *La Disciplina Generale dei Contratti*, 8. ed. Torino: Giappichelli, 2001, p. 613 e seg.

32 SAUPHANOR, p. 31.

33 Veja detalhes em meu livro *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, RT, São Paulo, 2002, p. 515 e seg.

34 JAYME, *Recueil des Cours*, p. 60 e p. 251.

35 GANNAGÉ, p. 17.

36 Do grande mestre da USP, vem a expressão sistema hiper-complexo, veja AZEVEDO, Antonio Junqueira de *O Direito pós-moderno e a codificação*, *Revista Direito do Consumidor*, vol. 33, 2000, p. 124 e seg.

37 Veja a favor do pluralismo jurídico a bela análise de BELLEY, Jean-guy. *Le pluralisme juridique comme doctrine de la science du droit*. In *Pour un Droit Pluriel-Etudes offertes au*

da solução ao lado da tradicional: a ordenação destas fontes.³⁸ Uma ordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência, isto é, uma mudança de paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do ‘monólogo’ de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa), à convivência destas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas.

Na belíssima expressão de Erik Jayme, é o atual e necessário ‘diálogo das fontes’ (*dialogue de sources*),³⁹ a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes.⁴⁰ ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente,⁴¹ seja subsidiariamente,⁴² seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em maté-

professeur Jean-François Perrin. Genbra: Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 135 e seg. No Brasil, veja Fachin, Luiz Edson. Transformações do direito civil brasileiro contemporâneo, In: Diálogos sobre Direito Civil-Construindo a Racionalidade Contemporânea. Gustavo Tepedino et alii, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 43.

38 JAYME, Recueil des Cours, 251 (1995), p. 60.

39 JAYME, Recueil des Cours, 251 (1995), p. 259: “Dès lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes. Les droit de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles disent.”

40 Como ensina SAUPHANOR, p. 31, em direito, a ausência de coerência consiste na constatação de uma antinomia, definida como a existência de uma incompatibilidade entre as diretivas relativas ao mesmo objeto.

41 Veja sobre a aplicação simultânea de várias leis, o CC, o CDC e inclusive as leis administrativas sobre o SFH, duas recentes decisões do STJ. Na bela decisão no Resp. 436.815-DF, Min. Nancy Andrighi, j. 17.12.2002, DJ 28.10.2002, a ementa ensina: “Processual. Civil...Contrato de compra e venda de imóvel e financiamento. SFH. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. empréstimo concedido por associação ao associado. Deve ser afastada a aplicação da cláusula que prevê foro de eleição diverso do domicílio do devedor em contrato de compra e venda de imóvel e financiamento regido pelo Sistema Financeiro da Habitação, quando importar em prejuízo de sua defesa. Há relação de consumo entre o agente financeiro do SFH, que concede empréstimo para aquisição de casa própria, e o mutuário...” E a igualmente bela decisão do Resp. 387.581-RS, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 21.05.2002, cuja ementa ensina: “Cartão de crédito. Prestação de contas. Mandato. A administradora deve prestar contas sobre o modo pelo qual exerce o mandato que lhe concedeu o usuário para obter financiamento no mercado a fim de financiar as vendas a prazo. Código Civil e Código de Defesa do Consumidor.”

42 Veja aplicação simultânea e subsidiária do CDC, como lei geral, face à existência de lei especial sobre prêmios, na jurisprudência do STJ: “Publicidade. Concurso. Prêmio. Numeração ilegível. Código de Defesa do Consumidor...O sistema do CDC, que incide nessa relação de consumo, não permite à fornecedora – que se beneficia com a publicidade – exonerar-se do

ria de convenções internacionais e leis modelos)⁴³ ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato.⁴⁴ Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).

1.1 Diálogos entre o CC/2002 e o CDC em matéria de comércio eletrônico

Seguindo os ensinamentos de meu caro mestre alemão Erik Jayme, cabe agora refletir quais seriam os ‘diálogos’ possíveis entre o Código de Defesa do Consumidor-CDC, como lei anterior, especial e hierarquicamente constitucional (veja mandamento expresso sobre sua criação no sistema jurídico brasileiro, no Art. 48 ADCT/CF 1988, e como incluído entre os direitos fundamentais, Art. 5º, XXXII

da CF/88)⁴⁵ e o novo Código Civil, Lei 10.406/2002, que entrou em vigor em janeiro de 2003, como lei posterior, geral e hierarquicamente inferior, mas trazendo algumas normas de ordem pública, que a lei nova mesma considera de aplicação imperativa a contratos novos e antigos (veja art. 2035, parágrafo único da Lei 10.406/2002).

1.1.1 Os três tipos de diálogos

Em minha visão atual, três são os tipos de ‘diálogo’ possíveis entre estas duas importantíssimas leis da vida privada:

1) na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (*diálogo sistemático de coerência*), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema⁴⁶ e a outra um

cumprimento da sua promessa apenas porque a numeração que ela mesma imprimiu é defeituosa. A regra do Art. 17 do Dec. 70.951/72 apenas regula a hipóteses em que o defeito tiver sido comprovadamente causado pelo consumidor.” (STJ, Resp. 396.943-RJ, Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 02.05.2002, DJ 05.08.2002)

43 Veja por exemplo o artigo 1º do Tratado de Olivos do Mercosul, o qual prevê a opção possível pelo sistema de solução de controvérsias do Mercosul ou de outro fórum internacional (como a OMC, etc.) e a prevalência da fonte escolhida pelas partes em conflito. Veja ARAÚJO, Nádia. Dispute resolution in Mercosur: The Protocol of Las Leñas and the case law of the Brazilian Supreme Court. *Inter-american Law Review*, University of Miami, v. 32, nr. 1, p. 25-56, Winter-Spring 2001.

44 Veja sobre o tema a obra de BRIERE. Carine, *Les Conflits de Conventions Internationales en Droit Privé*. Paris: LGDJ, 2001, em especial, p. 266 e seg.

45 Observe-se que mesmo BRIERE, p. 312 e seg. conclui que há uma hierarquia de convenções, se de direitos humanos, o que se pode transpor para o direito privado como valorando o critério da hierarquia e ainda mais a hierarquia constitucional dos direitos fundamentais, como o direito do consumidor.

46 Veja detalhes in PASQUALOTTO, Adalberto, O Código de Defesa do Consumidor em face do novo Código Civil. *Revista Direito do Consumidor*, nº 43, jul/dez, 2002, p. 106.

micro-sistema específico,⁴⁷ não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Assim, por exemplo, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no micro-sistema (como vêm definidos consumidor, fornecedor, serviço e produto nos Art. 2º 17,29 e 3º do CDC), terão sua definição atualizada pela entrada em vigor do CC/2002;

2) na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (*diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao

consumidor. Este ‘diálogo’ é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou abrogação clássicas, em que uma lei era ‘superada’ e ‘retirada’ do sistema pela outra. Agora há escolha (pelo legislador, veja Art. 777,⁴⁸ 721⁴⁹ e 732⁵⁰ da Lei 10.406/2002, ou pelo juiz no caso concreto do *favor debilis* do Art. 7º do CDC) daquela que vai “complementar” a *ratio* da outra (veja também art. 729⁵¹ da Lei 10.406/2002 sobre aplicação conjunta das leis comerciais);

3) há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si, no caso de dois fornecedores trata-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei

47 Veja detalhes sobre o CDC como micro-sistema, in PASQUALOTTO, p. 106 e seg.

48 O texto é o seguinte: “Art. 777. O disposto no presente Capítulo aplica-se, no que couber, aos seguros regidos por leis próprias.”

49 O texto é o seguinte: “Art. 721. Aplicam-se ao contrato de agência e distribuição, no que couber, as regras concernentes ao mandato e à comissão e as constantes de lei especial.”

50 O texto é o seguinte: “Art. 732. Aos contratos de transporte, em geral, são aplicáveis, quando couber, desde que não contrariem as disposições deste Código, os preceitos constantes da legislação especial e de tratados e convenções internacionais.”

51 O texto é o seguinte: “Art. 729. Os preceitos sobre corretagem constantes deste Código não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial.”

para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens*⁵² (*diálogo de coordenação e adaptação sistemática*).

Assim, em resumo, haveria o *diálogo sistemático de coerência*, o *diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade* em antinomias e o *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*. Como é impossível neste estudo limitado analisar todos os possíveis ‘diálogos’ entre todas as normas do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e todas as do novo Código Civil de 2002 (CC/2002), restringirei minha análise agora apenas às normas contratuais, e nas normas obrigacionais, mais especificamente àquelas que são consideradas cláusulas abusivas, seja pelo CDC ou pela jurisprudência oriunda do Código de Defesa do Consumidor, até porque alguns já previram a diminuição de efeitos do sistema do CDC, de combate aos abusos com a entrada em vigor das cláusulas gerais do CC/2002.⁵³

1.2 A prevalência da complementariedade ou subsidiariedade do CC/2002

Inicialmente, mister frisar que o novo Código Civil Brasileiro, Lei 10.406 de

10 de janeiro de 2002 (a seguir CC/2002), traz ao direito privado brasileiro geral os mesmos princípios já presentes no Código de Defesa do Consumidor (como a função social dos contratos,⁵⁴ a boa-fé objetiva,⁵⁵ etc.). Realmente, a convergência de princípios entre o CDC e o CC/2002 é a base da inexistência principiológica de conflitos possíveis entre estas duas leis que, com igualdade ou equidade, visam a harmonia nas relações, civis em geral e nas de consumo ou especiais. Como ensina a Min. Eliana Calmon: “O Código de Defesa do Consumidor é diploma legislativo que já se amolda aos novos postulados, inscritos como princípios éticos, tais como, boa-fé, lealdade, cooperação, equilíbrio e harmonia das relações.”⁵⁶

Não haveria, pois, entre estas duas leis possibilidade de conflito de ‘princípios’, somente de conflitos de ‘normas’ ou antinomias. Decisivo é, pois, o campo de aplicação de ambas as normas, uma vez que só há conflito de ‘normas’ quando o campo de aplicação das leis é o mesmo naquele caso concreto. A convergência de campos de aplicação pode levar ao ‘conflito’, já convergência de princípios é o caminho para o ‘diálogo’ entre fontes. Mesmo considerando que

52 Veja a obra de SAUPHANOR, p. 32.

53 Veja LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no novo Código Civil. *Revista Direito do Consumidor*, vol. 42, abr./jun.2002, p. 195.

54 Assim o texto aprovado: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

55 Assim o texto aprovado: “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

56 CALMON, Eliana. As gerações dos direitos e as novas tendências. *Revista Direito do Consumidor*, v. 39, jul./set. 2001, p. 45.

princípios também são ‘normas’,⁵⁷ aqui a eficácia maior é sua teleologia ou função no sistema visto como um todo.

A convergência de princípios é vista hoje como um fato bastante positivo para a co-habitação (ou diálogo) das leis novas e antigas no mesmo sistema jurídico. É o que ocorrerá com o CDC e CC/2002. A determinação do campo de aplicação do CDC já foi tema de muitos trabalhos doutrinários e polêmicas e não nos cabe agora repetir.⁵⁸ Mister trabalhar hoje com uma visão plural de um possível campo de aplicação do CDC, revisitado face à entrada em vigor do CC/2002.

Segundo o § 2º do Art. 2º da LICC, a lei nova, que estabeleça disposições gerais ‘a par das já existentes’, como o CC/2002, ‘não revoga nem modifica a lei anterior’, no caso, o CDC. Segundo o § 1º do Art. 2º da LICC, a lei posterior revogará a anterior quando: 1) expressamente o declare; 2) regule inteiramente a matéria de que tratava a anterior; 3) seja com ela incompatível. Os dois primeiros casos não parecem ocorrer na prática; nem o CC/2002 revogou expressamente o CDC, nem tratou da relação de consumo, mesmo assim cabe aqui examinar os detalhes desta divergência fundamental entre o campo de aplicação do CC/2002, como lei geral posterior, e do CDC, como lei especial para regular a relação de consumo.

Subjetivamente, o campo de aplicação do CDC é especial, regulando a relação entre fornecedor e consumidor (Art. 1º, 2º, 3º, 17 e 29 do CDC) ou relação de consumo (art. 4º e 5º do CDC), já o campo de aplicação do CC/2002 é geral, regula toda a relação privada não privilegiada por uma lei especial. Um, o CDC, é um micro-sistema especial, um Código para agentes ‘diferentes’ da sociedade ou consumidores, em relações entre ‘diferentes’ (um vulnerável, o consumidor e um *expert*, o fornecedor). O outro, o CC/2002, é um Código geral, um Código para os iguais, para relações entre iguais, civis e empresariais puras. Logo, não haveria colisão possível entre estas duas leis, como expressamente prevê o Art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil – LICC/42, que continua em vigor).

Mister hoje destacar a importância da análise do campo de aplicação subjetivo de uma lei especial. A concentração no sujeito de direitos é hoje característica de nosso direito privado, é para proteger este sujeito que leis especiais são criadas, micro-sistemas como o CDC, que ajudam a formar o complexo novo sistema do direito privado atual.⁵⁹ O aplicador da lei deve examinar o conflito com olhos plurais, pois a nova teoria do sujeito é outra: o sujeito está fragmentado e é plural,⁶⁰

57 Veja usando a teoria de Alexy, NEVES, Gustavo Kloh. *Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional*. RAMOS/TEPEDINO, p. 11 e seg.

58 Veja a polêmica entre finalistas e maximalistas, sobre o campo de aplicação subjetivo do CDC e a jurisprudência dos 10 primeiros anos de vigência da lei em meu livro *Contratos*, p. 252 a 500.

59 Veja meu livro, *Contratos*, p. 503.

60 Veja ZIMA, Peter. *Theorie des Subjekts*, Tübingen: Francke, 2000, p. 216 e seg.

como o é o grupo dos consumidores. Se a lei é feita para protegê-los, seu campo de aplicação subjetivo não pode ser mais somente ‘individual’ e sim, necessariamente, também coletivo ou plural. Em outras palavras, quando o CDC assegura um novo direito ao consumidor, no sistema jurídico, este reflete-se de forma plural, com a criação de direitos individuais, individuais homogêneos, coletivos e difusos. Assim atesta a parte processual do CDC (Art. 81 e seg. do CDC), podendo o Ministério Público e os outros legitimados agir no sentido da eficácia destes direitos no mercado brasileiro, valendo-se das normas materiais do CDC.

Sendo assim, mesmo que um direito do consumidor, assegurado por norma do CDC, fosse diametralmente conflitual com uma norma do CC/2002 e o seu campo de aplicação individual fosse o mesmo da nova lei (identidade de campos de aplicação individual), não poderia haver revogação ou retirada da norma especial do sistema, pois seu campo subjetivo coletivo sempre seria maior ou plural. Isto porque o CDC tem uma dimensão coletiva expressa (mesmo sem perder a dimensão individual). O sujeito de direitos que protege é individual, mas também é abstratamente plural, ao mesmo tempo e protegido pelas mesmas normas (todas também de ordem pública, segundo o Art. 1º do CDC). Já nas normas do CC/2002 prevalece a dimensão individual, pois re-

gulamentar o caso privado entre iguais e os direitos daí resultantes é a sua finalidade principal.

Conclui-se que a revogação do CDC pelo CC/2002 como lei geral mais nova não ocorrerá. A lei geral mais nova geralmente preserva as leis especiais e regula expressamente os conflitos e sua hierarquia. Note-se, em primeiro lugar, que o CC/2002, na sua versão aprovada em janeiro de 2001, não possui uma norma de revogação geral tácita, mas sim revoga expressamente o próprio Código Civil de 1917 e parte do Código Comercial de 1850, afirmando apenas: “Art. 2045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.”

O Art. 2043 preserva apenas as normas penais, processuais e administrativas, indicia a existência de uma revogação tácita, mas revogação somente das leis especiais incorporadas expressamente no texto do CC/2002, afirmando: “Art. 2.043: Até que por outra forma se disciplinem, continuam em vigor as disposições de natureza processual, administrativa ou penal, constantes de leis cujos preceitos de natureza civil hajam sido incorporados a este Código.”

Note-se, porém, que o novo Código Civil Brasileiro, ao contrário do Código Civil Alemão, reformado em 2000,⁶¹ nada menciona sobre ‘consumidores’. Esta expressão constitucional (Art. 170, V da CF/88) não mencionada em 2.045

61 Veja meu artigo com Ulrich Wehner, “Normas de proteção do consumidor (especialmente, no comércio eletrônico) oriundas da União Européia e o exemplo de sua sistematização no Código Civil Alemão de 1896 – Notícia sobre as profundas modificações no BGB para incluir a figura do consumidor” sobre o tema in *RDC* vol. 34, p. 50 a 53.

normas⁶² do novo CC/2002 (são mencionadas apenas as expressões ‘consumo’, em seu sentido clássico de destruição, nos Arts. 86, 307, 1290 e 1392, bens ‘destinados a consumo’, nos Arts. 206 e 592 e crimes ‘contra as relações de consumo’, no §1º do Art. 1.011). Sendo assim, podemos concluir, com certeza, que ao CDC não se aplica a norma do Art. 2.043 do CC/2002. Em outras palavras, podemos concluir que o CDC e o tema de defesa do consumidor não foi “incorporado” ao CC/2002. Ao contrário, é considerado pelo próprio CC/2002 como um tema a ser regulado por lei ‘especial’ (como expressamente prevê a Constituição Federal, Art. 48 dos ADCT).

Igualmente, destaque-se que até mesmo as normas sobre função social do contrato (Art. 421), sobre o princípio da boa-fé (Art. 422) e contratos de adesão (Art. 424) nada mencionam sobre consumidores, pois são normas gerais e genéricas, aplicáveis a contratos civis e comerciais. Daí se retira que as leis especiais (não incorporadas ao CCB/2002) ficaram preservadas e são prevalentes em relação à lei civil geral subsidiária.

Também da história legislativa do projeto podemos retirar esta conclusão. A redação anterior do artigo final do Có-

digo (antigo Art. 2040) era mais abrangente e afirmava que ficariam: “revogados o Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, e toda a legislação civil e mercantil abrangida por este Código, ou com ele incompatível[...]” (grifo nosso) Mas, como explica o relator, deputado Fiúza, a “boa técnica legislativa” levou a Câmara a determinar quais as leis que o CC/2002 revogaria.⁶³

Sendo assim, se a mensagem de 1975 pretendia “incluir na sistemática do Código... a matéria contida em leis especiais promulgadas depois de 1916.”⁶⁴ A verdade é que, face ao mandamento constitucional de elaborar um Código (Art. 48 ADCT/CF), uma lei especial voltada para a defesa só do consumidor, o CC/2002 restringiu-se a incorporar leis anteriores a 1975, em matéria obrigacional, com algumas adaptações nos anos 90. Conclui-se que os revisores do CC/2002 não tiveram a pretensão de ‘incorporar’ o CDC ou qualquer norma de proteção específica do consumidor ao Código Civil de 2002. A proteção assegurada é geral, respeitando a lei especial de tutela dos direitos dos consumidores.

O próprio deputado Fiúza, conclui em seu Relatório final que ambas as leis

62 Note-se que o inciso I do Art. 1467 menciona a palavra ‘consumidores’ como sinônimo de ‘fregueses’ dos hospedeiros e dos fornecedores de alimentos e pousada ao regular o penhor legal. O texto é o seguinte: “I – os hospedeiros, ou fornecedores de pousada ou alimento, sobre as bagagens, móveis, jóias ou dinheiro que os seus consumidores ou fregueses tiverem consigo nas respectivas casas ou estabelecimentos, pelas despesas ou consumo que aí tiverem feito.”

63 Veja BRASIL – Câmara dos Deputados. *Relatório final do Relator Deputado Ricardo Fiúza*, Código Civil. Brasília, 2000, p. 115.

64 Mensagem nr. 160 de 1975 in TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *O Novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 322.

conviverão e que o novo CC/2002 expande para todo o direito privado tendências presentes no próprio CDC, afirmando: “[...]no que tange à disciplina dos contratos, o projeto acompanha a tendência já assente, tanto na jurisprudência como no Código de Defesa do Consumidor, de restringir os efeitos do contrato de adesão, considerando nulas as cláusulas em que o aderente antecipadamente renuncia a direitos resultantes da natureza do negócio, bem como determinando que as cláusulas ambíguas ou contraditórias sejam interpretadas em seu favor.”⁶⁵

Concluindo, ao comércio eletrônico realizado por consumidores domiciliados no Brasil aplica-se prioritariamente o Código de Defesa do Consumidor e só subsidiariamente, no que couber, o Novo Código Civil (Lei 10.406/2002).

1.2.1 Diálogo em matéria de direito internacional privado

A globalização, a aproximação dos mercados, a integração de mercados, a abertura para produtos e serviços estrangeiros, a internacionalidade das relações privadas são, segundo a doutrina atual, os grandes desafios do direito do consumidor.⁶⁶ Segundo as palavras lúcidas de Jean-Michel Arrighi, o consumidor é o “protagonista olvidado”.⁶⁷ Tanto nos

Tratados interamericanos, quanto naqueles dedicados à integração, como o Tratado de 1980 da ALADI e o Tratado de Assunção de 1991 do Mercosul, não se encontra a palavra “consumidor”.⁶⁸ Também em nenhuma das CIDIPs até hoje assinadas o tema da proteção do consumidor mereceu especial atenção, os temas concentram-se em direito do comércio internacional entre profissionais, em acidentes não oriundos de produtos defeituosos, em proteção de menores, direito de família e sucessões, na parte geral do Direito Internacional Privado e no Processo Civil Internacional.⁶⁹ Em matéria de comércio eletrônico muitas vezes os contratos são internacionais, daí a importância de assegurar proteção ao consumidor também em Direito Internacional Privado.

1.2.1.1 Por um direito internacional privado com conteúdo social

As relações privadas de consumo assumem hoje também um caráter internacional. Em um mundo de crescentes áreas de complexidade, rapidez e globalização, há um crescimento na importância do Direito Internacional Privado ou dos conflitos de leis no espaço também em relação aos atores leigos deste mercado internacional,⁷⁰ cuja porta de en-

65 Veja BRASIL – Câmara dos Deputados, *Relatório final do Relator Deputado Ricardo Fiuza*, Código Civil, Brasília, 2000, p. 29.

66 Assim também MACEDO JÚNIOR, p. 45 e 53.

67 ARRIGHI, p. 126.

68 ARRIGHI, p. 126.

69 Veja sobre o tema Carmem TIBÚRCIO, in CASELLA/ARAÚJO, p. 49 e seg.

70 Veja meu artigo, “A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado – Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei apli-

trada pode ser o simples computador (Televisão, Fax, a tela do Palmtop ou mesmo do telefone celular).⁷¹ A proteção deste consumidor “eletrônico” de produtos e serviços estrangeiros no Brasil interessa ao Direito do Consumidor.⁷²

Segundo ensina KROPHOLLER,⁷³ é necessário elaborar normas específicas de DIPr. para a proteção dos consumidores leigos ou não profissionais, pois as conexões hoje existentes para regular o comércio internacional todas têm como base o equilíbrio estrutural de forças ou de interesses profissionais entre os agentes (ambos profissionais) envolvidos, sugerindo como conexões seja a autonomia da vontade (escolha da lei que regerá o contrato pelas partes, no contrato ou após), o local da execução (geralmente o local de execução da prestação característica, sempre

prestada pelo profissional em caso de contrato de consumo internacional), ou do local de conclusão do contrato (conectando o contrato com a ordem jurídica do país do ofertante, em contratos à distância, sempre também o ofertante). Este equilíbrio estrutural inexistente nos contratos internacionais concluídos com consumidores leigos.

Segundo bem relembra JAYME, o momento atual é de prevalência de normas materiais em casos internacionais, reduzindo a importância do processo civil internacional tradicional,⁷⁴ tempos de uma maior possibilidade de determinação própria pelo indivíduo (*Selbstbestimmung*) em direito material,⁷⁵ de novas técnicas nas Convenções Internacionais tentando harmonizar as diferenças culturais e de desenvolvimento através da cooperação judicial e respeito às normas imperativas locais,⁷⁶ ten-

cável a alguns contratos e relações de consumo”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 90, n. 788, 90, p. 11-56, jun. 2001.

71 Veja também a juíza brasileira MORON, Fernanda (A Internet e o Direito, *Revista Consu-lex*, mar. 1997, p. 64): “Como se vê, na medida que as relações que surgem pela Internet transcendem fronteiras, maior necessidade teremos de recorrer a regras do Direito Internacional, ramo jurídico que com certeza apresentará sensível crescimento.”

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

73 KROPHOLLER, p. 398 e seg.

74 Assim JAYME, Erik, Zum Jahrtausendwechsel: Das Kollisionsrecht zwischen Postmoderne und Futurismus. In *IPRAX-Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2000, p. 169.

75 JAYME, IPRAX 2000, p. 170.

76 Assim JAYME, IPRAX 2000, p. 168.

tando respeitar os direitos humanos envolvidos no caso,⁷⁷ o que significa, face a revolução tecnológica atual, uma nova prevalência pela residência habitual do consumidor como novo elemento de conexão para determinar a lei aplicável ao comércio eletrônico *Business-to-Consumer* e novo critério para determinar a competência do foro.⁷⁸

Mister, pois, superar também no Brasil as conexões tradicionais para proteger o contratante mais fraco. Assim, por exemplo, a regra do *favor offerentis*, quanto a forma e a conexão na residência do ofertante em contratos entre ausentes, conhecida no direito brasileiro, também são inadequadas para os desafios do comércio com consumidores e sua proteção nos dias de hoje. No caso de contratos ou relações de consumo, o ofertante é sempre o fornecedor (veja Art. 30 Lei 8.078/90 brasileira), mesmo se fictamente denomina-se o contrato de adesão ou as condições gerais contratuais de “proposta” colocada “à acei-

tação dos consumidores. Sabe-se que é o fornecedor que redige e determina tal “proposta”, logo, tais formulários e a própria publicidade realizada pelo fornecedor ou profissional, determinam que a oferta de consumo seja, hoje, sempre realizada pelo fornecedor.⁷⁹

Esta realidade faz com que as normas brasileiras do Art. 9 § 2º da LICC/42 e Art. 9§ 1º LICC/42 estejam superadas.⁸⁰ O § 2º do Art. 9 dispõe que a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar onde residir o proponente, determinando assim a aplicação da lei do lugar de residência do fornecedor para reger os contratos entre ausentes, mesmo os de consumo. Necessário, pois, superar esta regra e escolher, para os contratos de consumo, diferentemente dos contratos internacionais comerciais, uma conexão mais favorável ao consumidor, como a do Art. 5º da Convenção de Roma de 1980, que dá preferência à lei do país onde o consumidor tem

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

78 JAYME, IPRACT 2000, p. 171.

79 No caso brasileiro, o CDC, Lei 8.078/90, determina expressamente que a oferta é sempre do fornecedor ou profissional *ex vi lege* nos art. 30, 34, 35 e 48. Veja meus comentários, in *Contratos*, p. 288 e seg.

80 O texto atual da LICC/42 é: “Art. 9. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1º. 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. §2.A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar onde residir o proponente.”

sua residência habitual como conexão rígida (Art. 5º 3 Conv. de Roma de 1980), se não há expressa manifestação da vontade.

Este mesmo Art. 5º da Convenção de Roma de 1980⁸¹ determina que a eleição de uma lei para reger o contrato de consumo, isto é, a conexão na autonomia da vontade, não poderá excluir a aplicação das normas e leis imperativas de proteção do país de residência habitual do consumidor, se a) a oferta, publicidade ou algum ato de conclusão do contrato aconteceu neste país (por exemplo, a publicidade para um cruzeiro marítimo organizado na Argentina é feita na televisão aberta ou a cabo brasileira); b) se o fornecedor ou um seu representante receber a reserva ou realizar a contratação no país de residência habitual do consumidor (por exemplo, os contratos de multipropriedade no Uruguai, Punta del Este, com consumidores residentes no Brasil, são celebrados no

Brasil por representantes autônomos, que convidam os consumidores para coquetéis e reuniões, lhe oferecem prêmios e vantagens, onde o empreendimento será explicado e a proposta assinada, assim como o pagamento futuro através de boletos de cartão de crédito que serão assinados também naquelas reuniões de venda em solo brasileiro); c) quando se tratar de venda de produtos e o consumidor viajar para adquirir estes produtos, mas a viagem for organizada pelo fornecedor com esta finalidade de contratação (por exemplo, excursões organizadas para adquirir produtos em uma zona franca ou em uma determinada fábrica no exterior), como esclarece o Art. 5º da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às relações obrigacionais oriundas de contratos.⁸² No caso interamericano, a melhor conexão rígida seria a do domicílio, entendido como residência habitual, a exemplo do Art. 3º do Protocolo de Santa

81 O texto do Artigo é: “Artigo 5º- Contratos celebrados por consumidores – 1. O presente artigo aplica-se aos contratos que tenham por objecto o fornecimento de bens móveis corpóreos ou de serviços a uma pessoa, o «consumidor», para uma finalidade que pode considerar-se estranha à sua atividade profissional, bem como aos contratos destinados ao financiamento desse fornecimento. 2. Sem prejuízo do disposto no artigo 3º, a escolha pelas partes da lei aplicável não pode ter como consequência privar o consumidor privado da proteção que lhe garantem as disposições imperativas da lei do país em que tenha a sua residência habitual: – se a celebração do contrato tiver sido precedida, nesse país, de uma proposta que lhe foi especialmente dirigida ou de anúncio publicitário, e se o consumidor tiver executado nesse país todos os atos necessários à celebração do contrato, ou se a outra parte ou o respectivo representante tiver recebido o pedido do consumidor nesse país, ou se o contrato consistir numa venda de mercadorias e o consumidor, se tenha deslocado desse país a um outro país e aí tenha feito o pedido, desde que a viagem tenha sido organizada pelo vendedor com o objectivo de incitar o consumidor a comprar.

82 JAYME, Erik; HAUSAMANN, Rainer. *Internationales Privat – und Verfahrensrecht*. Munique: Beck Verlag, 1998, p. 116.

Maria (Mercosul)⁸³ ou da tradição das CIDIPs⁸⁴ e suas normas materiais uniformes.⁸⁵

Segundo KROPHOLLER, as normas especiais de proteção dos consumidores, como agentes mais fracos no comércio internacional, deveriam seguir o seguinte método: respeitar a aplicação das normas imperativas (em alemão, *Sonderregelung für zwingende Normen*),⁸⁶ elaborar normas por tipos contratuais ou temas,⁸⁷ usar normas bilaterais clássicas,⁸⁸ optar por elementos de conexão objetivos, e, no caso dos contratos de consumo, optar por outra conexão do que a da prestação característica,⁸⁹ dando preferência

a conexões da esfera contratual do mais fraco (*Recht der Vertragsphäre des Schwächeren*), assim como limitar a autonomia da vontade ou possibilidade de escolha da lei por parte do fornecedor, comerciante ou parte contratual mais forte,⁹⁰ e impor correções com cláusulas de ordem pública⁹¹ e cláusula escapatória,⁹² a exemplo da atual lei suíça.

1.2.1.2 O CDC como lei de aplicação imediata

Enquanto não possuímos normas específicas de proteção dos consumidores em matéria de comércio eletrônico

83 ARAÚJO, Nádia, MARQUES, Frederico Magalhães; REIS, Márcio, *Código do Mercosul-Tratados e Legislação*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1998, p. 161.

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

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

86 KROPHOLLER, p. 648.

87 KROPHOLLER, p. 655.

88 KROPHOLLER, p. 657 e 660.

89 KROPHOLLER, p. 656.

90 KROPHOLLER, p. 656.

91 KROPHOLLER, p. 655.

92 KROPHOLLER, p. 657.

e o projeto da OAB/SP não for aprovado, parece-me que a jurisprudência seguirá a linha ditada no Resp. 63.981-SP, de considerar todas as normas de ordem pública (interna) do CD como leis de aplicação imediata e, portanto, imperativamente aplicáveis antes das normas de conflito referentes aos contratos internacionais, para a proteção do contratante mais fraco, o consumidor.

O caso de líder em matéria de produtos e serviços estrangeiros e o *standard* mínimo de proteção dos consumidores tem origem no STJ. Trata-se de um caso envolvendo um turista brasileiro (consumidor ativo), que retorna ao mercado brasileiro. Neste sentido, pode ser usado apenas analogicamente para solucionar os aqui analisados. Nesta decisão de líder, o STJ responsabilizou a filial brasileira pela garantia de produto adquirido nos EUA (distribuído pela matriz no Japão e produzido possivelmente na Indonésia ou China), da marca Panasonic, tudo segundo o Código Brasileiro de Direito do Consumidor, considerado “lei de aplicação imediata”.

O Resp. 63.981-SP, cujo relator foi o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, foi decidido em 4 de maio de 2000, com a seguinte ementa:

“Direito do consumidor. Filmadora. Defeito da mercadoria. Responsabilidade da empresa nacional da mesma marca (Panasonic). Economia globalizada. Propaganda. Proteção ao consumidor. Peculiaridade da espécie. Situações a

ponderar nos casos concretos. Nulidade do acórdão estadual rejeitada, porque suficientemente fundamentado. Recurso conhecido e provido no mérito, por maioria. I – Se a economia globalizada não mais tem fronteiras rígidas e estimula e favorece a livre concorrência, imprescindível que as leis de proteção ao consumidor ganhem maior expressão em sua exegese, na busca do equilíbrio que deve reger as relações jurídicas, dimensionando-se, inclusive, o fator risco, inerente à competitividade do comércio e dos negócios mercantis, sobretudo quando em escala internacional, em que presentes empresas poderosas, multinacionais, com filiais em vários países, sem falar nas vendas hoje efetuadas pelo processo tecnológico da informática e no forte mercado consumidor que representa o nosso país. II – O mercado consumidor, não há como negar, vê-se hoje ‘bombardeado’ diuturnamente por intensa e hábil propaganda, a induzir à aquisição de produtos, notadamente os sofisticados de procedência estrangeira, levando em linha de conta diversos fatores, dentre os quais, e com relevo, a respeitabilidade da marca. III – Se empresas nacionais se beneficiam de marcas mundialmente conhecidas, incumbe-lhes responder também pelas deficiências dos produtos que anunciam e comercializam, não sendo razoável destinar-se ao consumidor as conseqüências negativas dos negócios envolvendo objetos defeituosos.”⁹³

Como se observa, se em caso envolvendo turista brasileiro, cuja única conexão com o Brasil era o domicílio do consumidor, o CDC foi aplicado,

93 DJ 20.11.2000, na íntegra, em sua primeira versão, in RDC 35, p. 270 e seg.

parece-me provável que o STJ deverá considerar o CDC também “lei de aplicação imediata” em Direito Internacional Privado nos demais casos, em especial nos casos aqui analisados, quando o consumidor passivo contratar no comércio eletrônico, aplicando o CDC, antes do Art. 9º da LICC/42.

A solução do STJ foi a mesma da União Européia, que considera as Diretivas de proteção do consumidor como “imperativas”,⁹⁴ aplicando-as sempre como *standards* mínimos de proteção dos consumidores europeus, sempre que a lei aplicável é de país fora da zona. Concluindo, em Direito Internacional Privado, no momento, devemos considerar o Código de Defesa do Consumidor como lei de aplicação imediata, a exemplo da decisão do STJ no Resp. 63.981-SP (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.05.2000).

2 CONTRATOS DE CONSUMO À DISTÂNCIA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO E SEU REGIME NO DIREITO MATERIAL BRASILEIRO

2.1 A especificidade dos contratos à distância no comércio eletrônico realizados por consumidores

Os contratos “eletrônicos” também são contratos típicos dos atuais tempos pós-modernos. Inspira-me a buscar sua originalidade no regime a abundante doutrina sobre o tema. A doutrina italiana está convencida que estes contratos são “contratos desumanizados” (Oppo) e “sem acordo” (Irti).⁹⁵ Seriam contratos em que o fornecedor não teria mais “rostro”, não mais apareceria (ou poderia mesmo não existir) fisicamente ou territorialmente,⁹⁶ pois alguns fornecedores globais são redes de distribuição sem sede fixa. Os contratos à

94 Assim, como conclusão geral, BRÖCKER, Marion. *Verbraucherschutz im Europäischen Kollisionsrecht*, Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998, p. 138 e JUNKER, IPRAX 1998, p. 74. Também JAYME, IPRAX 1999, p. 412. Assim as Diretivas impõem, por exemplo, a Diretiva 1999/44/CE sobre garantias: “Art. 7. (2) Os Estados membros tomarão as medidas necessárias para que o consumidor não perca a proteção assegurada por esta Diretiva quando o direito de um Estado terceiro é escolhido para regular o contrato, desde que o contrato possua um vínculo estreito com o território de um Estado Parte (da E.U.)” in RDC 38/313.

95 Sobre a controvérsia entre Irti e Oppo, veja FRESNEDA SAIEG, Mónica; HERNÁNDEZ, Carlos A., *La Protección del Consumidor en los Contratos a Distancia Celebrados por Medios Informáticos. Revista de responsabilidad civil y seguros* (Buenos Aires, La Ley), nr. 5, set./oct., 2001/Hernandez, p. 62-63. A amistosa disputa começou com o instigante artigo de Irti, “Scambi senza accordo” (1998), respondido por Oppo com o artigo “Disumanizzazione del contratto?” (1998) e replica de Irti, “è vero ma... (Replica a Giorgio Oppo)”, in *Revista di Diritto Civile*, anno XLV, nr. 2, 1999, p. 273 e seg.

96 Veja sobre territorialidade e Internet, GROSSFELD, Bernhard. *Global Accounting: Where Internet meets Geography*, *American Journal of Comparative Law*, vol. 48, n. 200, p. 261-306.

distância no comércio eletrônico seriam apenas um subtipo dos contratos “automatizados”, contratos realizados diretamente com “computadores” (como os contratos de *Home-banking*) ou com máquinas de respostas (como os contratos por telefone com respondedores automáticos), contratos “em silêncio” ou “sem diálogo” (expressão de Irti), conduzidos mais pela imagem, pela conduta de apertar um botão, do que pela linguagem. Certo é que nestes contratos há acordo de vontade, há vontade, mesmo que de adesão e “de conduta social típica”, logo, há contrato, mesmo que unilateralmente elaborado e muitas vezes não acessível ao consumidor. Há uma bilateralidade essencial, apesar da unilateralidade tão visível. Há bilateralidade de vontades, pois apesar do fornecedor ser “virtual” e do consumidor ser “massificado”, apesar do oferecer e do eleger serem mais “automatizados”, apesar do direito abstrair mais do plano da validade e considerar mais a confiança desperitada, a declaração de oferta realizada, do que a vontade interna do fornecedor, considerar mais a conduta social do consumidor do que a capacidade deste ou de quem atuou por ele ou no seu computador, há um contrato no plano da existência, juridicamente relevante e que produzirá efeitos – e muitos – no plano da eficácia. O contrato final é “velho”, o método de contratação é atual, e o meio de contrata-

ção – e por vezes de cumprir a prestação imaterial – é que é “novo”.

Neste sentido, o novo aqui, parece-me, é a soma de métodos massificados e pós-modernos de contratação. O novo aqui é o fato de – em um *revival* da obrigação de dar. Novamente a maioria destes contratos do comércio eletrônico envolvem obrigações de dar e não duram no tempo, isto é, são contratos de prestação imediata e pagamento único (com a ajuda do sistema de cartão de crédito), muitos são contratos de compra e venda (por ex: aquisição de livros, CDs, DVDs, ou mesmo a compra de um *software*/programa/antivírus, nos chamados contratos informáticos⁹⁷ (pois o produto é enviado pelo meio eletrônico), mas que envolvem “produto imaterial” (o *software*, por definição legal, as músicas, *ebooks*, filmes, *clips*, etc.), em um *revival* destes contratos frente aos contratos cativos de longa duração, fenômeno antes comentado, que em sua maioria são contratos de serviço e de prestação prolongada no tempo.

O “específico e substancialmente diferente” aqui é o meio eletrônico utilizado, que permite de um lado interatividade, de outro, algo analógico às correspondências ou reembolso postal, no uso de *e-mail* na contratação à distância com intervalo temporal. Também há que se destacar o uso metodológico da imagem, da conduta social típica e do silêncio dos consumidores. Assim, entrando no mundo virtual dos *sites* (imagens), o caminho é repleto de ima-

97 Como ensina BRIZZIO, Claudia R. *La informática en el nuevo derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 34, a expressão informática é uma criação advinda da união de “informação automatizada” e descreve todo o tipo de tratamento de informação por suportes automatizados em computadores.

gens (e linguagens) e um simples tocar no teclado significa aceitação, um simples continuar um caminho virtual de imagens, sons e de mínimas palavras, significa uma declaração de vontade tácita, um simples continuar no *site*, em silêncio, abrindo *wraps* sem protestar ou cortar a conexão, pode significar um determinado tipo de contratação ou declaração negativa ou positiva. Há que se destacar ainda como novo e específico que o meio eletrônico, onde ocorrerá a negociação-virtual e contratação-virtual, também modifica os conceitos de tempo real, impondo o tempo virtual, de território, impondo a rede global como “lugar do contrato”, em contrato já denominado de desterritorializado, internacional ou nacional, conforme as partes, não conforme o lugar da conclusão do negócio (Art. 9º, §2º da LICC), pois as ofertas nos *sites* são “globais” em rede e não encontram mais limites territoriais ou nacionais.⁹⁸ Escolho a denominação “contratos do comércio eletrônicos”, em homenagem ao livro de Michel Vivant,⁹⁹ obra que tem como finalidade o estudo dos contratos comerciais e de consumo, com a diferença que me concentrarei aqui nos “contratos do comércio eletrônicos” envolvendo consumidores na sociedade brasileira.

2.2 Os diferentes tipos de contratos à distância no comércio eletrônico realizados por consumidores

Vivant analisa os seguintes contratos do comércio eletrônico que, por envolverem consumidores, nos interessam: 1. os contratos de acesso técnico às redes eletrônicas (contrato entre o consumidor e um fornecedor de acesso – servidores, TVs a cabo e outros)¹⁰⁰ 2. o contrato de venda *on-line*,¹⁰¹ venda de produtos materiais, que serão entregues *a posteriori* no local indicado pelo consumidor e venda de produtos imateriais (*software*, etc.) a ser enviado pelo mesmo meio eletrônico; 3. contratos de bens “informativos”,¹⁰² bens totalmente desmaterializados, como músicas, revistas *on-line*, educação à distância, acesso a informações, a imagens, filmes, trailers, histórias em quadrinhos, jogos, *videogames*, etc. Incluiríamos também 4. os contratos de prestação de serviços *on-line* ou por Internet, como contratação com agências de viagens, transportadoras, seguradoras, bancos e financeiras, contratos não tratados por Vivant.

Nos contratos de acesso dos consumidores (pessoas físicas) à Internet e redes eletrônicas, os temas mais frequentes de interesse dos consumidores

98 Veja GROSSFELD, Bernhard, Global Accounting: Where Internet meets Geography, in *The American Journal of Comparative Law*, v. 48, p. 261-306.

99 O autor francês também procura uma certa originalidade nestes contratos, assim afirmando VIVANT, Michel, *Les contrats du commerce électronique*. Paris: Litec, 1999, p. 4.

100 VIVANT, p. 13 e seg.

101 VIVANT, p. 89.

102 VIVANT, p. 105 e seg.

são: as informações sobre os diferentes tipos de planos, a velocidade, qualidade (uso municipal, em deslocamentos, em outros países, *webmail*, etc.) e quantidade exata da prestação (de horas, grupos, *newgroups*, *e-mails*, capacidade de estocagem, etc.), as informações de instalação e uso, assim como para acessar a assistência técnica 24 horas. Os problemas mais freqüentes são as mudanças do conteúdo contratual e do preço, as interrupções do sistema, a demora para acessar, a velocidade esperada não confirmada, o não-bloqueio correto de conteúdos restritos e *sites*, o envio de *e-mails* não solicitados, a quebra do sigilo nos endereços eletrônicos e das senhas de acesso,¹⁰³ a não-criptografia estipulada, a falha do *web-mail*, a não estocagem e a perda de informações, os vírus e *cookies*, os *hackers*, a venda casada de equipamentos para rápido acesso, as cláusulas penais, a formação não informada do preço.¹⁰⁴

Nos contratos de venda *on-line* e de bens informáticos aos consumidores, os

produtos vendidos podem ser materiais, que serão entregues *a posteriori* no local indicado pelo consumidor e venda de produtos imateriais (*software*, etc.),¹⁰⁵ cujo envio é imediato ou retardado no tempo, mas pelo mesmo meio eletrônico. Os problemas mais comuns são a não entrega, ou entrega em endereço errado, as taxas não especificadas de correio ou de recebimento, o retardo na entrega, a falta de sanção pelo retardo na entrega, a falta de garantia para o produto, a impossibilidade de executar o direito de arrependimento (produto aberto, *software* já enviado, endereço incongruente ou incompleto), a lei aplicável e a jurisdição competente, por vezes até uma jurisdição arbitral virtual compulsória, a venda casada, a recusa de venda, a falha na segurança com os dados do consumidor, dados privados e dados sensíveis, como o seu número de cartão de crédito, a falha na cobrança no cartão de crédito (cobrança a mais, cobrança antes da entrega, etc.), as diferenças entre as fotografias do *site* e os produtos recebi-

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

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

105 Veja VIVANT, p. 89 e seg.

dos, a compra involuntária ao apertar o ícone, o erro não sanável na contratação, etc.

Nos contratos de bens “informativos”,¹⁰⁶ bens totalmente desmaterializados, como músicas, *ebooks*, revistas *on-line*, acesso a informações e bancos de dados, a imagens, filmes, *trailers*, histórias em quadrinhos, jogos, *videogames*, etc., os problemas mais comuns – além dos outros anteriormente mencionados – seriam as próprias condições de uso do bem transmitido (cópia, *download*, etc.), a garantia de prestabilidade dada, os erros na contratação e o direito de arrependimento, a desatualização ou imprecisões dos bancos de dados, a demora na prestação das informações, do lazer, etc.¹⁰⁷ Um regime especial, com responsabilidade qualificada dos fornecedores, é o dos contratos por Internet visando conselhos, aconselhamento (financeiro, na compra de produtos complexos ou em atividade, como corretor),

pareceres (econômicos, estatísticos, advocatícios, etc.),¹⁰⁸ tratamentos (medicinais, psicológicos, médicos, etc.).¹⁰⁹ Os contratos envolvendo educação à distância através da Internet também envolvem questões específicas, geralmente reguladas em leis especiais, envolvendo garantias, reconhecimento dos diplomas, títulos, qualidade e quantidade da informação, direitos autorais, modos de cobrança e proibindo certas práticas comerciais nestes contratos educacionais.¹¹⁰ Também mencione-se que os contratos envolvendo jogos de azar, prêmios, práticas comerciais proibidas em alguns países (venda em bola de neve, etc.) e lazer com conteúdos adultos ou pornográficos, envolvem a aplicação de normas de ordem pública e proibições específicas de cada país envolvido.¹¹¹

Nos contratos de prestação de serviços *on-line* ou por Internet, como contratação com agências de viagens, transportadoras, seguradoras,¹¹² bancos e fi-

106 VIVANT, p. 105 e seg.

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

108 Sobre o tema da prestação de serviços advocatícios pela Internet, veja artigo específico de Maria Cristina Zucchi, in DELUCCA, Newton; SIMÃO, Adalberto. *Direito e Internet: Aspectos Jurídicos Relevantes*. São Paulo: Edipro, 2000, p. 329 a 350.

109 Assim alerta SCHMITZ, p. 135 e seg.

110 Assim alerta REICH/NORDAUSEN, p. 64 e seg.

111 Sobre o tema veja WIMMER, Norbert; GERHARD, Michael, *Der Online-Provider im neunten Multimediarecht*, Baden-Baden: Nomos, 1998, Michael, p. 40 e seg.

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

nanceiras,¹¹³ os problemas mais comuns são os relacionados à qualidade, quantidade, tempo e modo da prestação do serviço, e a segurança deste, em especial, tratando-se de *home-banking*, financiamento *on line* ou por automáticos bancários.¹¹⁴ Interessante observar que neste tipo de contratação, aplica-se o direito de arrependimento e reflexão (Art. 49 do CDC). Assim resultaria, também no Brasil, se uma empresa aérea vende em seu *site* um bilhete ou faz um financiamento para o cliente, há direito de arrependimento do consumidor-leigo,¹¹⁵ da mesma forma, se o consumidor faz um *leasing* ou aluga um automóvel,¹¹⁶ ou mesmo faz um empréstimo/mútuo *on-line* no seu *home-banking*.¹¹⁷ Segundo Meents, problemático é apenas o arrependimento em matéria de fornecimento de informações mensais ou revistas. Nestes casos, usam os doutrinadores europeus uma analogia ao fornecimento de crédito

mês a mês e o direito de arrependimento renova-se, sempre que um novo mês inicia.¹¹⁸

Santos e Rossi classificaram estes contratos do comércio eletrônico com execução no ambiente virtual de “comércio eletrônico direto”, lembrando ainda que o pagamento se faz geralmente mediante o uso de cartões de crédito ou *Electronic Fund Transfer-EFT*, reforçando a natureza intangível do objeto contratual e sua execução.¹¹⁹

Cesar Santolim, em sua pioneira obra, 1985, classificou os contratos “por computador”, em três tipos: aquele que usa o computador como “simples meio de comunicação”, e se assemelha na disciplina aos contratos por carta, correspondência comercial, à distância típicos; aquele que usa o computador “como local de encontro de vontades já aperfeiçoadas”, e aquele em que o computador é “auxiliar no processo de formação da vontade

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

114 Veja TIMM, Luciano Benetti. A Prestação de Serviços Bancários via Internet (*home banking*) e a proteção do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 38, 2001, *Home banking*, p. 74 e seg. e meu artigo “*Sociedade de informação*”, p. 49 e seg. A análise clássica é de GAVALDA, p. 225 e seg.

115 Este direito é comum na Europa, veja MEENTS, Jan Geert. *Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet*. Colônia: Otto Schmidt, 1998, p. 31.

116 O direito de arrependimento em matéria de *leasing* também existe na Europa, nestes casos, veja MEENTS, p. 32.

117 Este direito de arrependimento existe também na Europa, veja MEENTS, p. 245 e seg.

118 Assim ensina MEENTS, p. 38, 40 e 41.

119 SANTOS e ROSSI, p. 115.

(Contratos por computador *stricto sensu*)”.¹²⁰

Santos e Rossi destacam que as contratações neste espaço eletrônico podem ser interpessoais, interativas e intersistêmicas,¹²¹ as duas primeiras podem ser de consumo e interessam-nos em especial, já as intersistêmicas, com sistemas aplicativos previamente programados pelos fornecedores, são típicas de contratos entre comerciantes e com finalidade comercial.¹²²

Já os recentes estudos de matéria tributária e da OECD¹²³ afirmam que as transações por meio eletrônico com consumidores e que interessam a este estudo podem ser as seguintes: tratamento eletrônico de encomendas de produtos materiais; pedido eletrônico e *download* de produtos digitais; pedido eletrônico de atualizações e itens adicionais; pedido de *software* ou outro produto digital para usuário único; manutenção de *software*; armazenagem de dados, suporte ao usuário, sistema de pesquisa e recuperação de dados; fornecimento de dados exclusivos ou outros dados com forte valor agregado, acesso eletrônico a assessoria profissional; informações técnicas, entrega de informações; acesso a um *web* interati-

vo; acesso a um portal de compras *on-line*, acesso a leilões *on-line*; *sites* com ofertas de produtos em anexo, transmissão de dados contínuos (em tempo real) através da *web*; provedores de acesso à Internet.

2.3 Os diferentes elementos dos contratos à distância do comércio eletrônico de consumo

Como se observa o chamado “comércio eletrônico” é realizado através de contratações à distância, por meios eletrônicos (*e-mail*, etc.), por Internet (*on line*) ou por meios de telecomunicações de massa (*telemarketing*, TV, TV a cabo, etc.), é um fenômeno plúrimo, multifacetado e complexo, nacional e internacional, onde há realmente uma certa “desumanização do contrato” (“*disumanizzazione del contratto*”).¹²⁴ A expressão escolhida pela doutrina italiana choca, é esta sua principal finalidade. Assim como Ghersi denominava de “contrato sem sujeito” o primeiro tipo de contrato pós-moderno, aqui temos um outro tipo de contrato pós-moderno, em que a impessoalidade é elevada a graus antes desconhecidos e no qual todas as técnicas de contratação

120 SANTOLIM, p. 24 e 25.

121 SANTOS e ROSSI, p. 111.

122 Assim SANTOS e ROSSI, p. 112.

123 A sistematização a seguir foi realizada por Atílio Dengo, advogado da “portoweb”, com base nos estudos da OECD, da qual foram retiradas somente as transações que, na visão da autora, são de consumo. Veja DENGO, Atílio, *Tributação do Comércio Eletrônico*. Dissertação de Mestrado da Faculdade de Direito do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: 2001, p. 206 a 254.

124 Assim a expressão de OPPO, p. 525, citando Natalino Irti e sua expressão “*scambi senza accordo*”.

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

O fenômeno é novo por sua fluidez, complexidade, distância, simultaneidade e atemporalidade, desterritorialidade e objetividade ou autonomia. Vejamos, a contratação é à distância, e esta distância televisiva ou telemática traz uma nova espécie de pressão (*Zwang*). Não a pressão do vendedor em sua porta, mas do fato da oferta estar dentro de sua casa, no seu trabalho, no seu espaço privado, nas suas férias, atemporalmente, dia e noite, em todos os lugares do mundo, onde a oferta negocial puder ser acessada ou vista. A distância física entre o fornecedor e o consumidor é enorme fator de debilidade informativa, as informações disponíveis são aquelas escolhidas pelo fornecedor e acessadas com uniformidade. A distância física entre o fornecedor e o consu-

midor é fator de insegurança, tanto quanto ao efetivo envio do produto (por exemplo: livros, CDs, DVDs, automóveis, eletrodomésticos, *software*, peças de um leilão eletrônico, etc.), ou serviço (informações, filmes, músicas acessado à Internet, etc.), à lisura da forma de pagamento e do relacionamento pós-contratual (débito no cartão de crédito, clonagem de cartões de crédito, acesso a dados privados, garantias do pós-venda, etc.), quanto em relação à lei aplicável ao contrato, uma vez que muitos destes fornecedores “eletrônicos” localizam-se no exterior.

A fluidez ou desmaterialização da contratação é um elemento a ser considerado: o fornecedor não aparece materializado através de um vendedor, o fornecedor não tem mais “cara”, tem sim uma marca, um nome comercial, uma determinada imagem, um *marketing* virtual ou televisivo, uma estratégia de *telemarketing*. O fornecedor não tem endereço comprovável, mas apenas ‘informável’. Do fornecedor não se sabe sequer se é realmente um profissional, pois dada a diminuição dos custos de oferta e transação que a Internet traz,¹²⁵ o fornecedor pode ser um “iniciante” ou mesmo um adolescente “genial”, o fornecedor pode ser, em resumo, um outro consumidor, como no caso dos leilões por Rede ou dos negócios eventualmente realizados em *chats* ou salas virtuais.

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

125 Veja sobre o tema, excelente, LORENZETTI, Ricardo, *Comércio electrónico*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001, p. 26 a 28.

tipo de contratação à distância. Para lá do *click-agreement*, que seria contratado com um simples bater de uma tecla no lugar indicado, o comércio eletrônico é pleno de surpresas, desde os contratos “encapsulados” o *wraps-agreements*, que só são visualizados após a contratação, contratos por série de clicks em cadeia, aos *cookies*, presentes desvendadores dos visitantes de determinado *site* ou portal, aos contratos que só são virtuais e nunca podem ser realmente “captados” e perenizados pelo consumidor, tendendo – ou facilitando – a que o fornecedor mude o conteúdo contratual com o passar do tempo virtual.¹²⁶

Quanto à complexidade jurídica, mister frisar que todos os contratos não soles podem ser hoje realizados por *e-mail*, *on-line*, por telefone, cabo ou por Internet. Em especial as contratações bancárias, as envolvendo financiamento, crédito e renegociação de dívidas, devem receber especial atenção.¹²⁷ Trata-se do mais novo efeito da sociedade de informação¹²⁸ em matéria bancária. Nos últimos dez anos, o mercado brasileiro

de serviços financeiros modificou-se drasticamente.¹²⁹ Verifica-se um aumento substancial no uso de cartões de crédito, cartões eletrônicos, atendimento bancário à distância, via telefone ou Internet, e no número geral de clientes bancários. Da mesma forma, ocorreu também, por parte do governo brasileiro, uma forte desregulamentação e privatização do sistema financeiro e creditício, aumentando assim a competição entre instituições financeiras, no mesmo momento em que a defesa do consumidor foi finalmente regulada através do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90). Há também o chamado Código do cliente bancário, a Res. 002878 do Bacen, que “dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral.”

Lorenzetti, em interessante resumo,¹³⁰ destaca, como elementos novos e conjuntos deste fenômeno a distância entre

126 Veja LORENZETTI, *Comercio eletrônico*, p. 202

127 Veja sobre o tema meu artigo “Sociedade de informação e serviços bancários” e in TIMM, Luciano Benetti, A prestação de serviços bancários via Internet (Home banking) e a proteção do consumidor, *Revista de Direito do Consumidor*, v. 38, 2001, p.79 e seg.

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

129 Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Les contrats de crédit dans la législation brésilienne de protection du consommateur*. Consumer Law in the Global Economy. Ashgate-Dartmouth, Aldershot, England: 1997, p. 321-348.

130 LORENZETTI, *Comercio eletrônico*, p. 163 e seg.

fornecedor e consumidor, a simultaneidade ou atemporalidade da oferta e da aceitação, assim como da contratação em si, a desterritorialidade da contratação, realizada em “território” virtual, no *écran* do consumidor, mas em realidade de execução à distância e a objetividade ou autonomia das duas vontades exteriorizadas, seja frente a uma máquina, no fax, no telefone ou em qualquer outro meio virtual.

2.3.1 Formação do vínculo e disciplina material destes contratos

Inicialmente, mister frisar que a disciplina destes contratos à distância no comércio eletrônico é a mesma que a dos outros contratos à distância, estando regulados no CDC. Necessário é, porém, destacar a vulnerabilidade especial do consumidor quando se utiliza do meio eletrônico. Em outras palavras, o meio eletrônico, automatizado e telemático, em si, usado profissionalmente pelos fornecedores para ali oferecerem seus produtos e serviços aos consumidores, representa aos consumidores leigos, um desafio extra ou vulnerabilidade técnica. O consumidor não é – mesmo que se considere – um especialista ou técnico em computadores e na Internet.

Esta “falha tecnológica” é geral, mas não desanima, ao contrário, fascina a maioria. É típica da pós-modernidade. Apesar desta “falha tecnológica” ou vulnerabilidade frente ao meio virtual, milhares de consumidores, sem medo, negociam, compram e participam até mes-

mo de leilões e outros “divertimentos” consumistas sem censura, através da rede mundial da Internet. Atuam eles sem conhecimento técnico, sem fronteiras, sem território, sem passado, sem experiência e com uma fluida confiança, justamente no Direito “do Consumidor”, e em uma vaga (e muitas vezes inexistente) proteção “internacional” dos mais fracos, confiando nas respostas pelo menos razoáveis que a Justiça dará. É um contexto novo de superficialidade, hedonismo consumista e insegurança pós-moderna.

2.3.1.1 Proteção quando da formação do vínculo à distância no comércio eletrônico de consumo

Efetivamente, estes muitos consumidores que hoje negociam neste mundo de consumo eletrônico necessitam de uma proteção, e os aplicadores do Direito devem conhecer e dominar as linhas básicas que regem estas e outras negociações de consumo, sejam nacionais ou internacionais. Proteger e melhorar a posição jurídica contratual deste negociador mais fraco e leigo no comércio eletrônico, que é o consumidor pessoa física residente no Brasil, parece ser a finalidade maior da doutrina brasileira e dos projetos de leis existentes sobre o assunto. Como ensinam Lorenzetti e o advogado da Microsoft, parece haver consenso universal de que o consumidor no comércio eletrônico deve receber o mesmo grau de proteção que já alcançou em seu país no comércio normal.¹³¹

131 Veja LORENZETTI, *Comercio eletrônico*, p. 188 e seg. e SMITH, Bradford. *The Third Industrial Revolution: law and policy for te Internet*. *Recueil de l'Haye*, n. 282, 2000, p. 324

Como destaca o professor alemão Norbert Reich,¹³² existem pelo menos cinco diferentes constelações de procedimentos para que esta contratação à distância no comércio eletrônico com consumidor se realize: a) ou o consumidor se dirige a um fornecedor conhecido (rede de lojas de eletrodomésticos, de roupas, fabricante de carros, marcas famosas, etc.) por meio eletrônico; b) ou o consumidor encontra a publicidade no *site* do fornecedor, quando está surfando na Internet e se interessa pela oferta; c) ou a publicidade enviada por *e-mail* leva o consumidor virtual ao sítio de Internet do fornecedor; e) ou a publicidade enviada por *e-mail* já contém o *link* fornecedor que o consumidor então acessa.

Quanto à da formação do contrato, a doutrina¹³³ destaca os vários (e diferenciados) momentos da fase pré-contratual, que interessam ao direito do consumidor, a começar pela oferta ou propos-

ta pública, que representam os antes mencionados sites, *links*, *e-mails*, a publicidade, os *spams* e outras manifestações virtuais de ‘vontade negocial’ dos fornecedores do mundo inteiro.¹³⁴ Considerando que estas manifestações de vontade negocial dos fornecedores contêm os elementos da oferta e despertam a confiança dos consumidores, são mais do que simples “convites públicos à oferta”. Segundo parece-me ser a primeira qualificação pela *lex fori* (lei brasileira), serão consideradas ofertas, no sentido do Art. 30 do CDC (e, parece-me, também serão consideradas propostas, no sentido do Art. 429 do Código Civil de 2002, se comerciais e puramente civis).¹³⁵

As conclusões do V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, de Belo Horizonte, em 2000, já foram pela auto-aplicação das normas de direito do consumidor brasileiras ao comércio eletrônico com consumidores.¹³⁶ E consi-

citando o Joint statement on electronic Commerce da Austrália e do Japão, as recomendações da OECD, as regras da união européia, as quais poderíamos unir os esforços da UNCITRAL, UNIDROIT e da Conferência de Haia.

132 REICH/NORDHAUSEN, p. 4.

133 Veja, por todos, LORENZETTI. *Comércio eletrônico*, p. 175 e seg.

134 Veja, por exemplo, a decisão do Tribunal de Hamburgo (OLG Hamburg), de 22.02.2001, que considerou que um link só pode ser incluído em um site, se for esta a vontade negocial do conectado, veja NJW-RR, 2001, p. 1198. Também é considerando qualquer publicidade online vontade negocial e o lugar onde despertar a confiança como conexão, veja LANDFERMANN, Hans-Georg. *Internet-Werbung und IPR, in Festchrift für das 75 Jahre Max-Planck-Institut Hamburg*, Baden-Baden: Nomos, p. 514.

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

136 As conclusões, publicadas in Revista de Direito do Consumidor, vol. 35, p. 265, foram: “10. A argumentação em favor da aplicação da lei de domínio do fornecedor é inadequada,

derando que qualquer consumidor residente no Brasil pode aceitar qualquer oferta do fornecedor, nacional ou estrangeiro, concluíram pela caracterização destas práticas negociais como oferta de consumo.¹³⁷

A preocupação da doutrina é “juris-dicizar” estas práticas comerciais visando o comércio em todo o globo de seus produtos e limitar a revogabilidade desta oferta, que desperta a confiança dos consumidores. Concorde-se com Lorenzetti, quando afirma que a prática comercial de ofertar produtos e serviços pela Internet, em seus diversos modos, interativos e estáticos, é oferta de consumo, que pode ser aceita pelo consumidor a qualquer momento, nas condições da oferta realizada.¹³⁸ A revogabilidade vai depender da lei aplicável ao caso, mas se sugere ao fornecedor já informar as condições da oferta na publicidade, *site* ou meio eletrônico usa-

do para tal. Aqui ganham em importância os usos e costumes do meio, pois que as ofertas de fornecedores internacionais geralmente são em línguas estrangeiras (o que já ajuda a formação da confiança do consumidor brasileiro de que está celebrando um contrato internacional), os prazos de reflexão variam conforme as legislações e usos locais e podem ser mais favoráveis ao consumidor brasileiro, servindo a lei brasileira como lei imperativa de uso subsidiário, se mais favorável ao consumidor aqui residente. A forma de perceber a oferta também é diferente, pois, uma vez não aceita na forma usual (*click*, informação de certos dados, etc.), a oferta pode ser retirada do *site* sem que o consumidor nada possa fazer, se não a aceitou devidamente, segundo os usos e condições gerais do fornecedor. Como se verifica, aqui o meio vir-

pois parte do pressuposto que a proteção e tutela do consumidor, através da lei de seu domicílio, seria um entrave ao progresso da economia, desenvolvimento e o progresso econômico, por imposição constitucional, devem ter por paradigma a defesa do consumidor. (aprovada por unanimidade)” e “11. As normas do CDC, como expressamente consignado em seu artigo 1º, são de “ordem pública e de interesse social”, entre a ordem pública local e a ordem pública estrangeira o juiz deve preferir a ordem pública de seu país; as disposições do CDC, por serem normas de ordem pública, não podem deixar de ser aplicadas às relações de consumo que envolvem consumidores residentes no território nacional, ressalvada a aplicação cumulativa da legislação estrangeira mais favorável. (aprovada por unanimidade)”

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

138 LORENZETTI. *Comércio eletrônico*, p. 187.

tual, sua instantaneidade e interatividade, influencia o regime da oferta e aceitação.

Seja considerado oferta de consumo ou não, há que se considerar que estas práticas comerciais dos fornecedores fazem nascer deveres de boa-fé geral, como o de informação, identificação do ofertante, identificação de oferta comercial, cuidado com os dados do consumidor (dever de preservação da privacidade do consumidor,¹³⁹ de proteger contra invasões no *site* ou na rede)¹⁴⁰ e deveres de boa-fé específicos do meio virtual, como o de confirmação individual, de perenização da oferta e do contrato e deveres de cooperação na comunicação (o silêncio do fornecedor pode ser usual no comércio, mas é fonte de insegurança e quebra da confiança frente ao consumidor),¹⁴¹ na execução à distância (geralmente por correio e outros meios de execução da prestação característica, que é a do fornecedor) e no pagamento à distância (cuidados ao retirar a quantia do cartão de crédito, com o número do cartão de crédito, etc.), somados a cuidados específicos aos

perigos do meio virtual (criptografia, combate aos *hackers*, arquivação múltipla para evitar perdas, etc.). Nestes deveres específicos de uma boa-fé atualizada às práticas (e perigos) do meio eletrônico ou virtual, destaque-se o dever de possibilitar ao consumidor “perenizar” a informação ou dado eletrônico, a evitar que a confiança despertada por uma oferta, publicidade ou contrato, seja frustrada com a mudança no tempo (imediata, muito fácil e sem custos no mundo virtual) das “regras do jogo”, da oferta, do leilão, do contrato, etc.

Os deveres de informação, de confirmação e de cuidado dos fornecedores do comércio eletrônico são preocupações de todos os projetos de lei, do direito comparado e da doutrina.¹⁴² Em resumo, deve o fornecedor informar sobre o meio usado, sobre o produto ou serviço que oferece, sobre as suas condições gerais contratuais e condições específicas da oferta e deve se identificar de forma clara e eficaz.¹⁴³ O projeto da OAB/SP, dispõe: “Art. 4º – A oferta de contratação eletrônica deve conter claras e inequív-

139 Sobre o tema, veja artigo específico de PODESTÁ, in DeLucca/Internet, p. 155 e seg.

140 Sobre o tema, veja artigo específico de SIMÃO FILHO, in DeLucca/Internet, p. 101 e seg.

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

142 Veja, por todos, em síntese de Direito Comparado perfeita, LORENZETTI. *Comércio eletrônico*, p. 188 a 190.

143 Veja LORENZETTI. *Comércio eletrônico*, p. 188.

vocas informações sobre: a) nome do ofertante e o número de sua inscrição no cadastro geral do Ministério da Fazenda, e ainda, em se tratando de serviço sujeito a regime de profissão regulamentada, o número de inscrição no órgão fiscalizador ou regulamentador; b) endereço físico do estabelecimento; c) identificação e endereço físico do armazenador; d) meio pelo qual é possível contatar o ofertante, inclusive correio eletrônico; e) o arquivamento do contrato eletrônico pelo ofertante; f) instruções para arquivamento do contrato eletrônico pelo aceitante, bem como para sua recuperação, em caso de necessidade; e g) os sistemas de segurança em-

pregados na operação.”¹⁴⁴ O projeto, muito corretamente, impõe uma série de deveres de boa-fé ao fornecedor: limita-va as informações que o fornecedor podia requerer do consumidor,¹⁴⁵ impõe o dever de identificar a mensagem como oferta comercial,¹⁴⁶ dever de confirmar a aceitação por meio automático para o consumidor,¹⁴⁷ dever de cuidado de criar um ambiente seguro para a contratação eletrônica,¹⁴⁸ e um dever de perenização das informações enviadas,¹⁴⁹ mas traz polêmicas normas especiais para consumidores e normas processuais.¹⁵⁰ Ainda não há definição quanto ao texto final e a solução virá por Medidas Provisórias, segundo consta. De qualquer for-

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

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

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

147 Assim o texto: “Art. 7º – Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão transmitir uma resposta eletrônica automática, transcrevendo a mensagem transmitida anteriormente pelo destinatário, e confirmando seu recebimento.” Veja DeLucca/Internet, p. 496.

148 Assim o texto: “Art. 6º – A oferta pública de bens, serviços ou informações à distância deve ser realizada em ambiente seguro, devidamente certificado”. Veja DeLucca/Internet, p. 496.

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

150 Em especial a referentes à participação dos notários, veja crítica em Carvalho, p. 128 e seg. e o Art. 13, com o seguinte texto: “Art. 13 – Aplicam-se ao comércio eletrônico as normas de defesa e proteção do consumidor. § 1º – Os adquirentes de bens, de serviços e informações mediante contrato eletrônico poderão se utilizar da mesma via de comunicação adotada na contratação, para efetivar notificações e intimações extrajudiciais, a fim de exercerem direito consagrado nas normas de defesa do consumidor. § 2º – Deverão os ofertantes, no próprio

ma, destaque-se que a melhor solução foi a dada pela Diretiva 97/7/CE sobre contratação à distância, que assegura um extenso direito de informação do consumidor e sanciona eventuais falhas no cumprimento deste dever de informar a um aumento do prazo de reflexão para o consumidor.¹⁵¹ A Diretiva 2000/31/CE, traz deveres de informação nos Art. 5º, 6º e 10 e o dever de confirmação da aceitação no Art. 11º, direitos de privacidade e de não receber produtos, no Art. 7º e regras especiais sobre a conclusão dos contratos por meio eletrônico (Art. 9º), como veremos a seguir. Também nos EUA, o *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*, de 8 de junho de 2000, assegura direitos de informação, de *disclosure* dos termos do negócio e direito de reflexão ao consumidor.

Norbert Reich destaca que importante para o consumidor é o tempo da informação, o modo e clareza da informação, a língua, sua identificação e sua imputabilidade ao fornecedor.¹⁵² Repita-se que, aplicando o Código de Defesa do Consumidor e as linhas gerais de boa-fé aqui especificadas, em uma visão contratual renovada, parece-me que podemos impor os mesmos deveres de conduta de boa-fé aos fornecedores no mercado eletrônico brasileiro, mesmo antes da aprovação de lei específica.¹⁵³

Quanto à aceitação entre ausentes,¹⁵⁴ o CDC nada regula, assim, aplicáveis as normas subsidiárias da legislação geral. Segundo o Código Civil Brasileiro de 1916, em seu Art. 1.086, e o novo Código Civil de 2002, em seu artigo 434,¹⁵⁵ o contrato torna-se perfeito quando da ex-

espaço que serviu para oferecimento de bens, serviços e informações, disponibilizar área específica para fins do parágrafo anterior, de fácil identificação pelos consumidores, e que permita seu armazenamento, com data de transmissão, para fins de futura comprovação. § 3º – O prazo para atendimento de notificação ou intimação de que trata o parágrafo primeiro começa a fluir da data em que a respectiva mensagem esteja disponível para acesso pelo fornecedor. § 4º – Os sistemas eletrônicos do ofertante deverão expedir uma resposta eletrônica automática, incluindo a mensagem do remetente, confirmando o recebimento de quaisquer intimações, notificações, ou correios eletrônicos dos consumidores”. Veja DeLucca/Internet, p. 497.

151 Assim também MEENTS, p. 200 e REICH/NORDHAUSEN, p. 198.

152 Assim REICH/NORHAUSEN, p. 187 a 193.

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

154 Crítica, com razão, esta terminologia, BARBAGALO, p. 26 e seg.

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

pedição da aceitação pelo consumidor, a qualquer momento, dentro das condições da oferta não retirada devidamente.¹⁵⁶ Já entre presentes a aceitação deve ser imediata, o que é bastante complicado em caso de ofertas interativas (em *Internet Realy Chat*).¹⁵⁷ No caso das ofertas entre ausentes, aplicáveis são as normas do CDC (Arts. 30, 34, 35 e 48 do Código de Defesa do Consumidor), em preferência ao Art. 1081 do CCB e as novas normas do Código Civil de 2002 (Arts. 427 e seg.), resultando em uma força vinculativa face à teoria da declaração e da confiança, muito maior que se pode supor no primeiro momento.¹⁵⁸

2.3.1.2 *Interpretação dos contratos e direito de arrependimento como lei de aplicação imediata*

A doutrina é unânime que a interpretação dos contratos do comércio eletrô-

nico envolvendo consumidores deve ser diferenciada, sensível à proteção do contratante mais fraco e leigo, o consumidor.¹⁵⁹ A interpretação se faz a seu favor (Art. 47 do CDC) e o recurso ao direito subsidiário geral só se fará quando favorável ao consumidor. Assim, por exemplo, enquanto no direito civil geral a regra é que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa” (Art. 1084 do CCB/16 e Art. 11 do CCB/2002), no direito do consumidor a regra é inversa: o silêncio do consumidor significa negação e indício que aconteceu uma prática abusiva do fornecedor.¹⁶⁰ Aqui incluem-se as práticas de envio de produtos e serviços não solicitados. Neste sentido, pode-se afirmar que, no mundo virtual, o silêncio não significa aceitação dos consumidores e sim indício de que um ato comercial dos fornecedores

156 Veja detalhes in CARVALHO, p. 149.

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

158 Veja minhas críticas ao livro de CARVALHO, p. 308 e 309.

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

160 Assim, por exemplo, se o consumidor recebe um produto que não pediu e mantém o seu “silêncio”, o direito positivo brasileiro atual (Art. 39 do CDC) não pressupõe que sua passi-

pode ser abusivo, e violar a confiança dos consumidores frente aos profissionais, os fornecedores do comércio eletrônico. A vontade do consumidor neste meio pode ser expressa por palavras ou atos (tocar símbolos, ícones, fazer clicks – *point and click agreements*, *click-wrap agreements* – e condutas sociais típicas, etc.), mas não presumida do silêncio.¹⁶¹ Aqui há também que se considerar as linhas de presunção da identidade do agente contratante, tanto fornecedor, como consumidor, onde as atuais linhas de boa-fé impõem aplicação das teorias da aparência (para o profissional, já que se aplica o Direito Comercial) e da confiança (para o consumidor-leigo).¹⁶² Dentre os contratos que merecem uma interpretação especial estão os que envolvem jogos de azar, prêmios, conteúdos pornográficos e de lazer, geralmente envolvendo a ordem pública dos países conectados.¹⁶³

A doutrina é unânime que aos contratos à distância do comércio eletrônico se aplica o Art. 49 do CDC e o prazo de reflexão de 7 dias.¹⁶⁴ A doutrina ainda cuida da forma da contratação eletrônica, concluindo que o contrato é por escrito e há a qualidade de documento ao documento eletrônico,¹⁶⁵ do lugar da contratação (tema bastante polêmico, se aplicáveis as normas de Direito Internacional Privado, como veremos a seguir),¹⁶⁶ da assinatura eletrônica,¹⁶⁷ da eficácia probatória dos documentos eletrônicos,¹⁶⁸ da responsabilidade dos intermediários e do organizador da cadeia de fornecimento pela Internet¹⁶⁹ e das garantias no comércio eletrônico. Aqui, parece-me, mais importante, com a crescente internacionalização das relações de consumo na Internet, tratar da lei aplicável a esta contratação, pois é esta lei aplicável que estabelecerá os limites e regras para a proteção do sujeito mais fraco, o consumidor, nes-

vidade seja aceitação, ao contrário, pune o fornecedor, afirmando que o produto (por exemplo, livros ou cartão de crédito enviado sem requisição específica) será considerado uma amostra “grátis”, conforme a lista de práticas comerciais abusivas proibidas pelo CDC (Art. 39, III c/c § único).

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

162 Sobre o tema, veja magistral, LORENZETTI, Ricardo, *Comércio eletrônico*, p. 219 e seg e, no Brasil, GREGO, p. 30 e seg.

163 Sobre o tema, veja WIMMER/MICHAEL, p. 40 e seg.

164 Veja, por todos, BENEVIDES DE CARVALHO, p. 104 a 106.

165 Assim MEENTS, p. 51 e seg.

166 Trataremos do tema em detalhes a seguir, mas veja, com opiniões contrárias, BARBAGALO, p. 77 e seg.

167 Sobre o tema, veja livro específico de Davi Monteiro DINIZ, Davi Monteiro, *Documentos Eletrônicos: Assinaturas Digitais*, São Paulo: LTr, 1999. p. 11 e seg.

168 Veja CARVALHO, p. 150 a 152.

169 Veja minha resensão ao livro de Carvalho, in RDC 40, p. 309 e 310.

te meio tão fluido, que é o eletrônico. Como asseverou o mestre da UFRGS, Clóvis do Couto e Silva: “A liberdade absoluta de contratar, sem legislação marginal ao mercado, que harmonizasse as forças econômicas em litígio, ocasionou, nos países altamente industrializados, profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade. Os particulares se viam não só forçados a não poder escolher com quem contratar – ‘Organizationalzwang’ – como igualmente se lhes impossibilitava o diálogo a respeito do conteúdo do contrato.”¹⁷⁰ Em outras palavras, se o meio virtual, a rede da Internet e a globalização aumentam a liberdade teórica dos consumidores, a prática lhes limita e a solução só pode ser a regulamentação pelo Direito.

Especial atenção merece o fato do mandamento de proteção do consumidor, como direito fundamental a obrigar o Estado-Legislator, o Estado-Juiz e o Estado-Executivo a uma ação positiva na tutela destes agentes vulneráveis do mercado brasileiro, estar incluído no inciso XXXII do Art. 5º da Constituição Federal, artigo que em seu *caput* assegura estes direitos a brasileiros e a estrangeiros residentes no Brasil. Daí se retira que a nova ordem pública constitucional brasileira inclui necessariamente a “defesa do consumidor.” A pergunta é o grau, nível ou *standard* desta proteção em casos de Direito Internacional Privado. Em outras palavras, se em casos pluriconectados todas as normas do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor seriam imperati-

vo ou de ordem pública internacional (grau total de aplicação), ou se somente a preocupação de “defesa do consumidor” seria obrigatória, podendo ser alcançada pela aplicação eventual de uma lei estrangeira, pelas normas da LICC/42; ou o nível de defesa do consumidor, alcançado pelo CDC, é considerado, face a sua origem constitucional (Art. 48 ADCT), como obrigatório a tutelar os brasileiros e estrangeiros (pessoas físicas) residentes no Brasil, *standard* mínimo de “defesa do consumidor”, que leva à aplicação imediata destas normas tutelares, que, porém, não impedem que outras estrangeiras sejam aplicadas, se asseguram nível superior de defesa ao alcançado pelo CDC.¹⁷¹

Dando preferência à última hipótese, cabe especificar que as chamadas “leis de aplicação imediata” são leis básicas de segurança do mercado ou sociedade (*sauvegarde de l’organisation politique, sociale ou économique du pays*), leis para nacionais e estrangeiros e para todas as relações privadas, sem necessidade de antes passar pelo método clássico do Direito Internacional Privado, da indicação de uma lei aplicável. Esta própria lei “de aplicação imediata” ou lei de “polícia” tem pretensões de aplicação genérica e extraterritorial sempre, não importando se são leis de direito privado ou público, uma vez que possuíam fortes interesses de organização da sociedade nacional. Como a chamada lei de aplicação imediata é direta ou resolve o conflito diretamente, sua aceitação

170 COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, p. 25.

171 Veja HOFFMAN, Bernd von. Über den Schutz des Schächeren bei Internationalen Schuldverträgen. *Rebelsz*, 38, 1974, p. 401 e seg.

e identificação hierárquica dentro do DIPr. é uma técnica (por sinal cada vez mais usada) de “materialização” das novas regras de conflitos de leis.

3 CONCLUSÃO E TESES PARA VOTAÇÃO

Concluindo, pois, esta minha exposição sobre tema ainda candente e em evolução, submeto ao plenário três teses, esperando que possam ser aprovadas pelos colegas:

1. Ao comércio eletrônico realizado por consumidores domiciliados no Brasil aplica-se prioritariamente o Código de Defesa do Consumidor, e só subsidiariamente,

diariamente, no que couber, o atual Código Civil de 1916 e o Novo Código Civil (Lei 10406/2002), quando entrar em vigor.

2. Em Direito Internacional Privado, deve-se considerar o Código de Defesa do Consumidor como lei de aplicação imediata, a exemplo da decisão do STJ no Resp. 63.981-SP (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 04.05.2000).

3. O Projeto de Lei sobre comércio eletrônico elaborado pela OAB/SP impõe normas necessárias para regular aspectos específicos das relações de consumo contratadas por meio eletrônico e merece aprovação no Congresso Nacional, com eventuais mudanças atualizadoras.

Getúlio Dornelles Vargas, o Estadista*

Décio Freitas**

Não seria exagero dizer, depois de uma distância de 30 anos, que o Rio Grande intelectual por força das diversas vertentes de estudantes, mudou nos anos 40, muito em decorrência do que se discutiu e aprendeu na Faculdade de Direito, forçando uma oligarquia intelectual a perceber que, aos seus pés, havia uma sociedade emergente não mais preocupada em participar dos privilégios, mas inconformada com sua existência. (Raymundo Faoro, 1980).

Muito obrigado por estarem presentes, para ouvir esta tentativa de palestra sobre Getúlio Vargas. Digo tentativa, porque um conhecido historiador, perguntado sobre qual o personagem político brasileiro que ele gostaria de biografar, respondeu: “indiscutivelmente Getúlio Vargas”, que, na opinião dele, havia sido o político mais importante e notável de toda a América Latina. E, claro, perguntado também por que razão nunca escrevera tal biografia, ele respondeu que para isso seria necessário uma vida, tal a massa de documentos existentes e deixados por quem governou o Brasil durante quase duas décadas, e que introduziu modificações importantíssimas, amplas e profundas na vida econômica, social e política do país.

Então não serei eu quem vai, em uma breve conferência, tentar sintetizar ou analisar de forma ampla a personalidade, a carreira ou a biografia de Getúlio Vargas, motivo pelo qual eu vou me limitar a captar ou expor alguns flagrantes isolados e que talvez ajudem a dar, sobretudo aos mais jovens, uma idéia do que foi Getúlio Vargas na história da política brasileira.

E devo dizer que, muitas vezes, Getúlio Vargas tornava-se um homem politicamente incoerente, já que a ele dá-se uma relação múltipla. Ele mudava de posição muitas vezes, e realmente, opositoristas passavam a fechar com Getúlio Vargas, ao passo que velhos amigos ou companheiros o abandonavam e passavam a uma oposição a ele, e isto não era simplesmente volubili-

* Conferência proferida durante as comemorações do Centenário da Faculdade de Direito da UFRGS.

** Escritor, historiador, jornalista.

dade dos homens; isto é, na minha opinião, o resultado da personalidade multifacetada de Getúlio Vargas, mais ainda, a sua grande capacidade de mudar de acordo com as circunstâncias e, sobretudo, o seu *pragmatismo* político, que nem sempre era aceito no meio respeitável.

Eu próprio, tive várias posições na minha vida sobre Getúlio Vargas, de oposição, de crítica, de admiração, e, até mesmo, em algum momento, de entusiasmo, porque era de fato, como eu disse, uma personalidade multifacetada. Ele encerra muitos paradoxos, era um homem paradoxal, Getúlio Vargas.

Em primeiro lugar, um aspecto: eu disse uma vez ao Tancredo Neves, com respeito lascivo ao Rio Grande do Sul pelos políticos mineiros, políticos de poucas falas, suaves, sem grandes eloquências e sem dramaticidades, que, em determinado momento, para enfrentar a hegemonia paulista e mineira, nós tivemos que fabricar um mineiro nas barrancas do rio Uruguai, o que motivou uma gargalhada de Tancredo Neves, porque realmente Getúlio Vargas tinha um estilo mineiro, não tinha o estilo característico do gaúcho, daquele tipo sobretudo da fronteira, espanholado, dramático, e que o Érico encarnou muito bem no personagem dele de *O Tempo e o Vento*, o capitão Rodrigo.

Mas é que Getúlio Vargas, de fato, encarnava um tipo de político do Rio Grande do Sul, de uma região em que eles apresentam essa característica da introversão, de pouca fala, que é o político gaúcho missioneiro, e o Getúlio era um missioneiro, sem dúvida nenhuma.

A propósito disso, em 1945, um pouco depois de deposto, ele foi para a fazenda dele em Santos Reis; na época, eu era repórter do Diários Associados, e tive a idéia de entrevistá-lo. Sabia-se que ele não dava entrevistas para ninguém, mas eu, jovem e petulante, tinha a esperança de fazê-lo falar, de obter uma entrevista com ele.

E assim fui com um fotógrafo dos Associados, Raul Tonto; descemos de um pequeno avião no campo da estância. Getúlio Vargas vivia na mais completa solidão; ninguém ia visitá-lo, porque achava-se que estava encerrada a carreira política dele depois da sua deposição em 45. Mais tarde é que começaram a revoar vários aviões, pousando primeiro em Santos Reis e depois em Itu. E nesta ocasião, fui ficando e convivi 22 dias com ele. Foi um privilégio, já que tive a oportunidade de conversar sobre muitos assuntos com ele.

Ele não me concedeu formalmente nenhuma entrevista, mas me autorizou a fazer notas e publicar no futuro, depois da sua morte, o que ele me disse nessa ocasião (e, efetivamente, eu publiquei, num livro, intitulado *O Arco e a Flecha*, e que é exatamente um livro de depoimentos sobre Getúlio Vargas). E nesta ocasião, em uma manhã, isso porque eu mencionei o fato de ele ser um missioneiro, ele me convidou para ir a São Miguel, para fazer uma visita a São Miguel. E lá fomos por uma estrada esburacada; ele até comentou que a estrada não tinha mais buracos por falta de espaço.

Chegamos à igreja de São Miguel, ele parou na frente, acendeu um charuto, sabe-se que era um apreciador de

charutos, deu a volta pela igreja, pela catedral. Ao voltar, parou-se a olhar de novo a igreja e disse: – “Foi um crime, não foi?”, e eu perguntei: – “O que, presidente?”. – “A destruição daquela civilização”, ele continuou. Eu disse: – “Mas foram seus antepassados”, e ele respondeu: – “Mas foi ainda assim um crime”.

É interessante lembrar que Vargas foi o primeiro governante que tomou iniciativas e providências para preservar as ruínas de São Miguel. Foi quando ele contratou, em 1932, um engenheiro alemão especialista em restauração, e se preocupou em fixar as ruínas de São Miguel.

Eu relatei esse episódio para definir, de uma maneira bem clara, esse caráter de missionário do Getúlio Vargas. Este homem, um missionário, um gaúcho, e mais ainda, um homem de um estado, de uma região que sempre havia sido marcada por um profundo e evidente irredentismo, que se traduziu em 1835, e depois se manifestou mais uma vez em 1893, e que existe ainda hoje.

Eu, por exemplo, citaria algum fato para deixar bem claro esse irredentismo, que tem raízes históricas profundas, que tornam o fato perfeitamente explicável; veja, por exemplo, o seguinte: nunca nenhum intelectual gaúcho jamais escreveu um livro no qual pensasse o Brasil como um todo; nenhum intelectual gaúcho escreveu um livro sobre a história brasileira, antropologia brasileira, economia brasileira, sociologia brasileira, a filologia brasileira, o folclore brasileiro. Jamais. Os intelectuais gaúchos sempre escreveram livros sobre o Rio Grande, nun-

ca sobre o Brasil. Isso é também uma manifestação desse isolacionismo gaúcho e, no entanto, foi um político gaúcho, Getúlio Vargas, que promoveu a mais ampla integração nacional, não só como legislador, mas também como governante.

Foi o primeiro presidente brasileiro, por exemplo, que visitou a Amazônia; aliás, duas vezes, tanto que ainda há traços da passagem dele. E um homem que, pode-se dizer, integrou o Brasil, integrou o Brasil sob múltiplos aspectos, com uma preocupação obsessivamente nacional, a tal ponto que os gaúchos, os rio-grandenses se queixavam pelo fato de que ele não tivesse feito mais pelo Rio Grande.

E esta é também uma característica de Getúlio Vargas que, ainda, digamos, pede explicação. Mais ainda: o processo de modernização do Brasil é iniciado por Getúlio Vargas. E aí há um outro paradoxo: seria de se esperar que o processo de modernização do Brasil fosse iniciado pelo estado mais moderno economicamente do Brasil, que era já, então, São Paulo. E, no entanto, esse processo de modernização, e mesmo de industrialização, é iniciado por uma região que se destacava e se projetava pela sua produção agropastoril. São alguns dos paradoxos de Getúlio Vargas.

Por exemplo, um outro paradoxo: este homem pertencia à aristocracia rural gaúcha, aristocracia pastoril, uma aristocracia um tanto bárbara, mas em todo caso, uma aristocracia, e este homem, ao mesmo tempo, entretanto, era um homem bastante culto, bastante instruído. Eu, por exemplo, nessa estada

que eu fiz com ele em Santos Reis, perguntei se ele havia lido muito Augusto Comte, que era um texto sagrado para os castilhistas. E ele me disse que nem tanto, que havia lido mais Simon, afirmação à qual eu não dei, na época, muita importância, mas que, mais tarde, fui compreender que Simon foi o mestre, o inspirador de Augusto Comte, e Simon tinha a concepção de que a França, que até então era um país não-industrializado, deveria se industrializar através de uma aliança entre capital e trabalho, ou seja, a preocupação de Simon era evitar o conflito social que então se verificava veemente, forte, na Inglaterra.

Então, ele entendia que a França, para se industrializar, deveria fazê-lo através de um processo que evitasse o conflito social, e daí a expressão “união, aliança, capital e trabalho”, que Getúlio Vargas parece ter usado com muita frequência e que foi realmente a substância da sua política, ou seja, uma conciliação entre trabalhadores e empresários ou patrões.

Então, o processo de modernização do Brasil é iniciado por este homem, e não por São Paulo; pela lógica deveria ter sido iniciado em São Paulo. Muito pelo contrário, São Paulo defendia ainda um Estado oligárquico, como era o brasileiro até então. Nesse Estado oligárquico esse político, Getúlio Vargas, é que pontifica o regime das oligarquias no Brasil; ele era, ele próprio, um filho, um produto do oligarquismo, já que ele teve toda a sua formação política, como teve seu pai, no regime castilhista, que fazia parte do sistema oligárquico da República Velha. No en-

tanto, é este político, filho do oligarquismo brasileiro, que vai pôr fim ao sistema das oligarquias.

E ele põe fim, através da chamada Revolução de 30, que foi, na verdade, um golpe de Estado, porque ele era governador do Rio Grande do Sul, ou melhor, Presidente do Rio Grande do Sul, e contou com o apoio dos militares, que depuseram a Washington Luís. Aliás, o castilhismo era muito afeiçoado a golpes militares, isso desde o tempo de Júlio de Castilhos.

Então, Getúlio Vargas, em 30, toma o poder do Brasil, e uma coisa curiosa é que a chamada Revolução Constitucionalista de São Paulo objetivava reconstitucionalizar o país. Reconstitucionalizar o país porque o país estava vivendo um regime ditatorial, que era um governo provisório, não tínhamos Constituição. Mas o curioso é que quando é deflagrada a Revolução Constitucionalista de São Paulo, Getúlio Vargas já havia convocado eleições para uma Assembléia Nacional Constituinte.

Na verdade, o motivo do levante paulista, que foi acompanhado pelos políticos gaúchos, inclusive Borges de Medeiros, que também se rebelou, o motivo real era que a lei eleitoral elaborada por Getúlio Vargas para essa Assembléia Constituinte significava a liquidação das oligarquias. E o motivo real e profundo do levante de São Paulo foi exatamente o fato de que essas eleições para a Assembléia Constituinte, de acordo com a lei eleitoral divulgada, punham fim ao domínio das oligarquias, através da instituição de uma justiça eleitoral, que permitiria pôr fim ao voto de cabresto que imperava até então.

Bem, aqui nós temos um outro paradoxo: é um político oligárquico, produto das oligarquias, e que põe fim ao regime oligárquico. Ao mesmo tempo, isto, para mim, pessoalmente, é motivo de grande inquietação; esse político, que foi o político indiscutivelmente mais popular da história brasileira, o que deixou raízes mais profundas no coração do povo brasileiro – jamais houve um homem político tão popular como Getúlio Vargas no Brasil – este político foi durante, ou quase todo o exercício do seu poder em âmbito federal, um ditador.

Ele já havia sido um ditador no Rio Grande do Sul, durante o seu período como presidente do Estado, pois o regime castilhista era, indiscutivelmente, um regime ditatorial, já que o Presidente do Estado, como se dizia então, englobava os poderes executivo e legislativo, isto é, fazia as leis e as executava. Então, Getúlio se formou, foi gerado nesse regime, e como Presidente do Estado exerceu esses poderes ditatoriais; ele depois exerce o poder ditatorialmente em âmbito federal até a Constituinte de 1934.

A Constituinte de 1934 formalmente constitucionalizou o país, mas, de fato, Getúlio Vargas continua governando com poderes ditatoriais, através de leis de exceção e de um Congresso, pode-se dizer, suicida, que vai concedendo, sobretudo depois da Intentona Comunista, em novembro de 1935. Até que, em 37, ele dá o golpe de 10 de novembro, institui o Estado Novo, que foi uma ditadura, e é nesse período que ele forja a sua popularidade, quando se torna, como eu disse, o homem mais popular da história brasileira.

Ele volta ao poder, como sabemos, em 50, eleito, mas exerce o poder de forma tão desastrosa – ele tinha tão pouco jeito para o exercício do poder constitucional democrático – que, para salvar sua honra, se suicidou. Pois foi um suicídio para salvar sua honra, sem dúvida nenhuma, porque ele era um homem com um alto sentido de honra e de dignidade pessoal.

Bem, até então, como eu disse, não deixa de ser inquietante este fato: o homem mais popular da história brasileira foi também um ditador. Foi o homem que institucionalizou uma ditadura, foi o homem que inventou a ditadura no Brasil, uma ditadura calcada, inspirada no modelo castilhista, e que depois tem sua retomada, em 1964, pelos militares.

Os Presidentes, os que foram gaúchos e os que não foram gaúchos de nascimento, foram gaúchos formados pela Escola Militar onde eles beberam na fonte o castilhismo, porque naquela Escola Militar o castilhismo está impregnado até nas paredes, quase se sente a presença do fantasma de Júlio de Castilhos, que formou toda uma geração de políticos profundamente marcados pelo castilhismo.

Isso para mim é inquietante, considerando que somos um país sem tradição democrática; nós tivemos poucos anos de algo que pudesse parecer um regime democrático, e não é por acaso que os países atrasados são países que não têm uma tradição de democracia, de estado de direito, o que significa, também, indiretamente, Estado de fato, como foi o Brasil durante a maior parte de sua história.

Para mim, pessoalmente, isso é muito inquietante, porque, por exemplo se nós olharmos ao redor do nosso território, os nossos vizinhos, constataremos que o homem mais popular da Argentina foi também um ditador, e o atual presidente da Argentina é integrante ainda do velho partido do ditador. Isso, aliás, acontece em muitos países da América Latina, elegeram-se um ditador na Bolívia, e assim por diante.

Eu gostaria de acentuar isto porque estou convencido de que os Estados Unidos devem a sua grandeza econômica e social à sua democracia; eu acho que não há desenvolvimento sem democracia, pode haver períodos, fases, de crescimento que se fazem seguir de fases de retrocesso econômico, fases de altos e baixos, como são os chamados crescimentos sustentados.

Ao mesmo tempo, o fato interessante é que este homem tenha sido o mais popular da história brasileira. Por que isto? Ainda mais porque ele era, como eu disse, um membro dessa aristocracia pastoril gaúcha, ele próprio tinha um porte, um comportamento aristocrático, não pelo fato de que ele fosse um pernóstico, arrogante, mas, sim, porque tinha uma postura espontaneamente senhorial.

Eu penso que jamais alguém pôs a mão no ombro de Getúlio Vargas, [...] porque quem quer que tenha conhecido Getúlio, sabe que isso era quase uma impossibilidade física, e uma impossibilidade que ele criava pela distância que havia entre ele e seu interlocutor, mas uma distância que ele mantinha sem arrogância. Isto era natural, era espontâneo nele, e decorria, digamos, de uma incrível afabilidade, que era o segredo

de sedução de Getúlio Vargas, porque, antes de tudo, ele era um sedutor, tinha uma capacidade incrível de seduzir.

Vou, mais uma vez, intercalar a minha fala com um fato interessante: o Érico Veríssimo foi, em determinado momento, nomeado representante do Brasil em um conselho cultural da OEA, a Organização dos Estados Americanos. Isso quem me contou foi Guilherme César. E quando o Érico estava por embarcar, de repente disse ele, – “O Érico, ao passar pelo Rio, faça uma visita ao Presidente, pois, afinal de contas, sem o beneplácito dele não teria havido a sua nomeação na Organização dos Estados Americanos”. E o Érico disse ao Guilhermino: – “Pois é, eu gostaria, mas sabe o que acontece, Guilhermino? Eu tenho medo que ele me seduza”. Realmente, ele era um sedutor, um homem envolvente, mas, como eu disse, um aristocrata que sabia essa distância.

Eu o vi, por exemplo, terminar um comício, aquele de 1º de maio, que ele fazia lá no estádio de São Januário, completamente lotado de trabalhadores, o vi sair, atravessar a multidão, a massa, sem que a polícia abrisse caminho para ele, e o vi serenamente cruzar a multidão, sem que ninguém colocasse a mão sobre ele, tal o respeito natural que ele inspirava. E isto era também uma característica de Getúlio, e decorria, na minha opinião, desse perfil aristocrático dele. E este homem – aí está outro paradoxo de Getúlio – este aristocrata, foi um homem profundamente voltado para o social, como nenhum outro político brasileiro.

Foi a primeira vez que um governante se lembrou das pessoas humildes, do

povo do Brasil, através de uma política que traduzia aquela orientação de Simon, da união de capital e trabalho, que Getúlio concebeu, ao industrializar o Brasil, evitando conflitos sociais ou as chamadas lutas de classe. Tanto que eu digo que o Partido Comunista Brasileiro sempre manifestou a sua perplexidade diante do fato de que os trabalhadores não o seguiam, como em outros países, e, sim, que os trabalhadores seguiam um homem como Getúlio Vargas.

Isso se deve ao fato de que ele desenvolveu uma política de cunho profundamente social. Uma política que despertou, e desperta até hoje, reações contraditórias, antagônicas, mas que Getúlio explicava, e explicou – eu ouvi isto dele na minha estada prolongada em Santos Reis – pela idéia, pelos conceitos de Simon, ou seja, de união do capital e do trabalho.

O Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, declarou, certa vez, que agora no Brasil se estava encerrando a Revolução de 30. Realmente, tudo aquilo que significou a política de Getúlio Vargas hoje se declara superado e está, digamos assim, se desmontando. Esse assunto comportaria muita discussão, muitas controvérsias, mas o que se pode dizer, na minha opinião, do ponto de vista histórico, é que aquele foi um momento em que a intervenção estatal se tornou necessária e inevitável por vários motivos. Um, porque era o momento histórico que se vivia no mundo, até mesmo a pátria por excelência do liberalismo, os Estados Unidos, recorria à intervenção estatal, através do *New Deal*, de Roosevelt, e o mesmo em toda a Europa.

Era quase que um dogma a intervenção do Estado na economia, sobretudo nos países não-industrializados, e é isso que Getúlio desenvolve. Tanto mais porque não possuíamos capitais, não tínhamos uma classe empresarial empreendedora, por motivos históricos não se tinha desenvolvido essa classe empresarial, daí que o Estado assume, e eu penso que foi altamente positiva essa ação do Estado no Brasil. Ela poderia ter sido encerrada antes, mas depois se implanta no Brasil uma ditadura que supera em estatização tudo o que Getúlio tinha feito, até porque Getúlio não fez uma estatização sistemática. Ele, pode-se dizer, estabeleceu nas premissas uma industrialização no Brasil. E o regime militar de 64 que vai estatizar profundamente, e, mais ainda, o curioso é que o regime militar se institui através do apoio de forças que, mais tarde, porão fim a esse mesmo regime, porque ele tinha sido honrado através da sua estatização sistemática, que veio a se tornar atrofiante, um trambolho, uma dificuldade para o desenvolvimento do país.

Então, o fato é que o Getúlio, nesse processo de modernização e industrialização, adota uma orientação profundamente social, e é ela que será a causa, o fundamento da sua extraordinária popularidade. Eu me lembro, em 1945, quando ele foi deposto; entretanto, até a crônica da minha vida pessoal tem relação com o anti-getulismo, que eu cultivei durante bastante tempo.

E meu pai, que era um funcionário público, foi demitido sumariamente pelo art. 177 da Constituição, que permitia ao Presidente da República, sem

forma nem figura de juízo, demitir um funcionário do Estado. E isto marcou profundamente a minha vida, a minha juventude, eu me tornei um anti-getulista, durante o Estado Novo eu fiz oposição, tive confrontos com a polícia, junto com colegas de turma. Aliás, esta Faculdade de Direito, pode-se dizer, era o foco da oposição ao getulismo. E, no entanto, mais tarde, em 45, uma vez deposto, saí de Santos Reis seduzido por ele.

Gostaria de citar um outro episódio, para ilustrar o que era a habilidade do Getúlio, a sua discricção política, a sua sagacidade, enfim. Nesta altura, na última presidência dele, eu era advogado militante, especializado em júri de imprensa, pois naquele tempo, o delito de imprensa era julgado por um júri, e isso foi motivo para que uma personalidade importante do governo do Rio Grande do Sul se aproximasse de mim e me pedisse que examinasse o processo pelo qual um prefeito de Porto Alegre tinha sido condenado por crime de difamação, pela segunda vez, e, portanto, teria que ser recolhido à prisão, teria que cumprir pena. Então, me pediu que visse se havia alguma falha no processo que ensejasse um *habeas corpus*.

Examinei o processo. Não havia nenhuma falha, ele era perfeito, impecável, irretocável. Então, eu lhe disse, e ele me pediu que ainda assim fizesse um *habeas corpus*, pois um prefeito não podia ir para a prisão, e eu respondi que não era viável, não tinha fundamento jurídico, e ele me disse “me faz, por favor”. Quando fiz a petição, nem me lembro que alegações absurdas eu fazia, falei com ele e ele me disse “agora você vai ao Rio para falar

com o presidente”. Com o Presidente da República.

Eu fui ao Palácio do Catete, onde ele me recebeu; ele costumava despachar em um pequeno gabinete, o mesmo onde me recebeu. E quando abri a boca para falar sobre o assunto, ele me interrompeu e disse “vamos dar uma volta?”. Quem conhece o Palácio do Catete, sabe que tem um jardim com altas palmeiras; enquanto caminhávamos, ele fazia perguntas sobre o Rio Grande, e volta e meia eu fazia menção de entrar no assunto, e ele me interrompia e não me deixava entrar no assunto, até o momento em que ele disse “vamos voltar”, e no gabinete tentei de novo e ele voltou a me cortar, até que ele disse a um oficial de gabinete “chame o Dr. Plínio”, o Dr. Plínio Travassos, Procurador-Geral da República, que, em questão de minutos, estava lá.

Quando o Dr. Plínio chegou, ele disse: – “Dr. Plínio, o Dr. Décio tem um assunto aí para tratar com o senhor. Com licença, senhores”. Então, eu expus ao Plínio Travassos, mas não para ele. Nem eu, nem o Plínio Travassos poderíamos dizer para ele que havíamos tocado no assunto. Ou seja, ele já estava sabendo, mas não deixou, não quis a cumplicidade. Bem, o *habeas corpus* conseguiu por unanimidade. E criou jurisprudência.

Aliás, o relator era um grande jurista, autor de vários livros de direito, um tratado de direito das sucessões e que mais tarde, graças a isto, obteve a nomeação de um filho para um cargo diplomático

Isso era apenas para mostrar a sagacidade dele, era um homem de falar

muito pouco. Quando havia uma crise política, ele deixava todos falarem, e depois que todos haviam falado, ele podia estabelecer uma média e formar a sua própria opinião e adotar uma posição. Isto era uma característica dele.

Mas, eu penso que, na obra de Getúlio, há muita coisa que subsiste; mas, ao mesmo tempo, ele deixou, sob muitos aspectos, uma herança negativa, que foi a de 15 anos de regime militar no país, regime ditatorial. Não digo que se pode, ou que se deva, admirar Getúlio Vargas incondicionalmente. Ele foi, indiscutivelmente, um estadista, um estadista de grande envergadura, com uma visão de conjunto do Brasil muito ampla.

Quem, por exemplo, lê os diários dele, que foram publicados poucos anos atrás, pode ver o conhecimento que ele tinha da problemática brasileira, e ver como ele gostava de fazer uma coisa que nem todos os presidentes gostam: ele gostava de administrar, era um homem que madrugava para ler processos. E não se pode dizer que ele fosse um presidente burocrático, mas ele também exercia essa função. Então, ele madrugava para ler processos que despachava, ao mesmo tempo em que sabia fazer política. Penso que ele foi o estadista brasileiro de maior envergadura, o mais lúcido e com maior visão de futuro.

Me ocorre um outro episódio, uma conversa durante aqueles 22 dias em Santos Reis, quando estavam derrotados a Alemanha e o Japão, e conversávamos sobre a situação desses países. Eu disse que eles estavam liquidados, e ele respondeu: – “O senhor está enganado, o senhor verá os dois se reerguerem com muita rapidez”. O fato veio a se confirmar, como muitos outros fatos sobre a política internacional, e para mim, hoje, suas palavras parecem ter sido proféticas, decorridas, na verdade, da sua sagacidade, do seu conhecimento de política internacional, na qual ele soube atuar com grande tino, com grande habilidade, até mesmo pela participação do Brasil na guerra. E encerrando, eu diria que Getúlio Vargas é uma personalidade muito complexa, de compreensão muito difícil. Era uma personalidade que não aceitava explicações sistemáticas, um homem fronteiro, de muitos aspectos contraditórios, um homem que, ao mesmo tempo em que era um ditador, tinha um trato pessoal extremamente cordial, um homem com uma sensibilidade social.

Penso que não se pode falar de História do Brasil sem mencionar Getúlio Vargas. Ele foi, de fato, a personalidade mais marcante da nossa História, a personalidade mais marcante da América Latina.

As utopias da realidade constitucional: nos trilhos do contraponto neoliberal*

Eduardo Kroeff Machado Carrion**

1 INTRODUÇÃO

Começarei minhas observações relembrando uma antiga piada sobre os regimes burocráticos do leste europeu. Alguém viaja para um dos países do leste europeu e, ciente da censura de sua correspondência, avisa para os amigos: “Vamos combinar um código. Se vocês receberem minhas cartas em tinta azul, o que elas disserem será verdade; se estiver em tinta vermelha, será mentira”. Algum tempo depois escreve para os amigos em tinta azul: “Tudo aqui é maravilhoso: as condições de vida são as melhores possíveis, a liberdade é plena. A única coisa que não se consegue é encontrar tinta vermelha”.

Num certo sentido, essa piada reporta-nos aos limites da linguagem, no nosso caso aos limites da linguagem constitucional. Ou melhor, aos limites da linguagem constitucional no paradigma tradicional. Aliás o título geral

do seminário: Crise(s) de Paradigmas e Estado Democrático de Direito: um desvelamento hermenêutico, sugere esse tipo de reflexão. Senão, vejamos.

Quando falamos em Utopias da Realidade Constitucional, defrontamo-nos, no paradigma tradicional, com um impasse, um paradoxo ou mesmo uma contradição. Afinal, utopia reporta-se, na etimologia grega da palavra, a nenhum lugar ou, em uma de suas conotações, a um lugar ideal. Já Constituição, a todo lugar, já que norma fundamental do ordenamento jurídico, ou, também em uma de suas conotações, a um lugar real.

Nessa perspectiva, Lassalle, em sua clássica conferência, distingue entre Constituição real e efetiva, os “fatores reais de poder”, e “Constituição formal e jurídica”. Em caso de contraste, prevaleceria sempre a primeira em detrimento da segunda, mera “folha de papel”.

Na perspectiva do paradigma tradicional, a Constituição seria uma espécie

* Texto que serviu de base para a exposição realizada, com esse título, no seminário Crise(s) de Paradigma(s) e Estado Democrático de Direito: Um Des-Velamento Hermenêutico, promovido pelo Instituto de Hermenêutica Jurídica durante o III FSM, Porto Alegre, 25/01/2003.

** Professor Titular de Direito Constitucional e ex-Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS.

de *vulgata* jurídica dos interesses do *status quo*, sem qualquer veleidade utópica ou transformadora. Tratar-se-ia, finalmente, da vitória do real sobre o ideal.

Essa perspectiva encontra eco na construção teórica tradicional. Quando falamos em Constituição posta, em poderes constituídos, num certo sentido exilamos toda dimensão utópica e transformadora do âmbito do direito constitucional. Uma breve e passageira concessão é feita ao falar-se em poder constituinte originário e em poderes constituintes. Mas sempre sob o olhar atento e sobranceiro dos “fatores reais de poder”.

Como escapar da contradição referida do paradigma tradicional? Como encontrar, simbolicamente, a tinta vermelha para escrever a nossa carta?

2 METALINGUAGEM CONSTITUCIONAL

Assim como distinguimos entre linguagem, isto é, a linguagem que se fala, e metalinguagem, isto é, a linguagem na qual se fala sobre a linguagem que se fala, podemos também distinguir entre linguagem constitucional, ou seja, a linguagem que se fala na Constituição ou a linguagem que se fala sobre a Constituição, e metalinguagem constitucional, ou seja, a linguagem na qual se fala sobre a linguagem que se fala na Constituição ou na qual se fala sobre a linguagem que se fala sobre a Constituição.

Talvez, assim, consigamos melhor resgatar ou melhor acentuar o que pode existir de dimensão utópica ou de dimensão transformadora mesmo na Constituição posta, mesmo em face dos poderes constituídos. Em outros termos, o ideal pode emergir do real, sem que se estabeleça necessariamente uma contradição, tal como sugerido pelo paradigma tradicional. A esse propósito, gostaria de fazer uma breve referência às denominadas normas programáticas.

3 AS NORMAS PROGRAMÁTICAS¹

Além de normas preceptivas e de normas organizativas ou institutivas, as Constituições contemporâneas contêm, em maior ou menor medida, normas programáticas “através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.”² Correspondem elas em grande parte à realidade e às exigências do denominado Estado Social, cujos textos constitucionais incorporam inúmeras reivindicações das classes trabalhadoras (o conteúdo social das constituições, expresso sobretudo nas declarações dos direitos econômicos e sociais), no sentido da prática de uma democracia substancial.

1 Retomamos aqui algumas observações já formuladas em outro trabalho: CARRION, Eduardo Machado Kroeff. A Dimensão Prospectiva das Constituições. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, São Paulo, n.44, p. 80-87, 1988.

2 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros 1998. p. 138.

Tese tradicional tem negado eficácia jurídica às normas constitucionais programáticas, caracterizando então como programática toda norma constitucional que aponte para a transformação do *status quo* e para a conquista de novos direitos populares. Entretanto, a melhor doutrina (Pontes de Miranda, entre nós, por exemplo) e jurisprudência (na França e na Itália, desde os anos 50) têm reconhecido *eficácia vinculativa* ou *positividade jurídico-constitucional* (as expressões são de Canotilho) às normas constitucionais programáticas. Questão distinta, a da aplicação direta das normas constitucionais respeitantes aos direitos fundamentais (basicamente os direitos individuais e políticos, tanto os clássicos e os tradicionais como os novos) e não propriamente com relação às normas programáticas.

Qual finalmente a eficácia vinculativa ou a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas? Em primeiro lugar, obrigam o legislador ordinário a legislar no sentido do mandamento da norma programática. Aqui, a importância da ação de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção e a necessidade de a classe trabalhadora não limitar sua luta por uma legislação econômica e social mais avançada apenas ao plano constitucional. Vinculação não apenas do legislador ordinário, mas também dos demais órgãos do Estado (Executivo e Judiciário). Demais, possuem eficácia interpretativa, além de gerarem verdadeiros direitos subjetivos, pelo menos em seu aspecto negativo, para os cidadãos.

Lassalle colaborou decisivamente, numa obra clássica, para que se entendesse a Constituição formal ou jurídica (a “folha de papel”) como mero reflexo, simples epifenômeno da Constituição real e efetiva (os “fatores reais de poder”). Embora a conexão com a realidade seja um pressuposto da força normativa da Constituição formal ou jurídica, esta não é um simples reflexo das condições sociais, mas, devido a seu caráter normativo, pretende também, por sua vez, conformar a realidade. Aquele entendimento, levado às últimas conseqüências, conduz à afirmação da existência de uma oposição insuperável entre programa que fala no que ainda não existe e que deve ser obtido e conquistado no futuro, e Constituição que, pelo contrário, deve falar no que já existe e que já foi obtido e conquistado no momento presente (Stalin, por ocasião da discussão do projeto de Constituição para a URSS, em 1936).

O equívoco político da crítica à importância das normas constitucionais programáticas se revela melhor nas próprias palavras de um de seus mais competentes e autorizados intérpretes no Brasil: “A Constituição, para que não seja uma mentira e possa ser respeitada e acatada, há de contemplar tão-somente direitos que possam ser imediata e prontamente fruídos pela sociedade”; “nela (os constituintes) não deverão incluir senão acenos para o que o nosso modelo de organização social permita que a sociedade obtenha e, mais do que isso, senão para o de que, socialmente, estejam as forças dominantes dispostas a abrir mão em favor dos vinte e cinco milhões.”³

3 GRAU, Eros Roberto. *A Constituinte e a Constituição que Teremos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 46-47.

Este aparente realismo político torna a Constituição em última análise inútil para as classes trabalhadoras. Se devemos criticar a hipocrisia constitucional representada pela revogação, muitas vezes, da Constituição formal ou jurídica pela Constituição real e efetiva, não podemos desconhecer a dimensão prospectiva da Constituição formal ou jurídica, apontando para um horizonte histórico mais avançado. Em outros termos, a Constituição formal ou jurídica não deve ser um obstáculo, mas um instrumento para o progresso da Constituição real e efetiva.

Nas democracias liberais, as Constituições costumam representar um compromisso entre tendências conservadoras e tendências reformadoras, entre o passado da democracia meramente formal e o futuro da democracia substancial. A realidade destas Constituições reflete em grande parte a própria dinâmica da democracia liberal. Em que pese as origens aristocráticas dela, a resistência e a organização populares possibilitaram efetivas conquistas que vieram a significar um real alargamento da prática democrática no interior da democracia liberal. Numa certa medida, os espaços democráticos existentes na democracia liberal foram sobretudo resultado da luta da classe trabalhadora, constituindo-se então como autênticos direitos populares. A democracia liberal caracteriza-se assim como uma relação de forças políticas, correspondendo parcialmente também às reivindicações dos explorados e dos dominados, ainda que nos parâmetros da ordem estabelecida. Em outros termos,

a democracia liberal, como prática histórica da democracia, assinala-se como um processo dinâmico cujo resultado, sempre provisório, está além do horizonte político das classes dominantes, embora esteja aquém do horizonte político da classe trabalhadora.

O embate entre tendências conservadoras e tendências reformadoras tem como resultado a incorporação, nas modernas Constituições, de inúmeras normas concernentes aos direitos sociais, à organização da economia, à participação dos cidadãos, ao controle da administração. Como consequência de uma relação de forças políticas ainda desfavorável à classe trabalhadora, estas normas nem sempre desenvolvem força jurídica suficiente para impor-se de imediato na integralidade do seu mandamento legal. Expressam não só o ideário social da época, mas muitas vezes uma concessão apenas *em princípio* por parte das classes dominantes, remetendo portanto a uma decisão política ulterior o problema de sua integralização ou não. Trata-se aqui, do que se convencionou denominar na literatura jurídica de *normas programáticas*, se bem com uma certa impropriedade, já que possuem de qualquer maneira, como se viu, eficácia vinculativa, nos limites de sua eficácia é verdade. Ao mesmo tempo em que cumprem uma função legitimadora da ordem estabelecida, assumem também uma função prospectiva, apontando para o aperfeiçoamento ou mesmo a superação desta ordem. Neste sentido, Piero Calamandrei referia-se às Constituições modernas como “uma polêmica contra o passado e um programa de reformas em direção ao futuro”.

4 PROBLEMAS

Gostaria ainda de chamar a atenção para dois problemas lembrados por Vital Moreira⁴ e relacionados com o tema em exame. Primeiro, o dos excessos programáticos da Constituição, e, segundo, o do excesso de Constituição.

Os excessos programáticos da Constituição, refletindo um excessivo voluntarismo político, podem revelar-se contra-produtores para a capacidade regulatória da Constituição, convertendo-se finalmente em um déficit de Constituição.

Por sua vez, o excesso de Constituição, além de poder limitar demasiadamente a liberdade da maioria de cada momento, atingindo o princípio democrático, pode contraditoriamente acabar em um déficit de normatividade dos preceitos constitucionais. Como salienta o constitucionalista, paradoxalmente, quanto mais Constituição menos Constituição.

5 CONCLUSÃO⁵

Caberia por fim uma palavra com relação ao neoliberalismo. O neoliberalismo avilta a dimensão prospectiva das Constituições, exila ainda mais toda dimensão utópica e transformadora do âmbito do direito constitucional.

Desde os primórdios do capitalismo, o Estado exerceu um papel decisivo na reprodução do capital, inclusive inter-

virando diretamente no plano da produção e não apenas no da circulação de mercadorias. No Brasil, em particular, a função do Estado como agente econômico tem sido bastante acentuada. Nosso padrão de desenvolvimento capitalista nunca prescindiu da intervenção vigorosa e incisiva do Estado. Alguns referem-se mesmo à figura *sui generis* de um “capitalismo sem capital”, isto é de um capitalismo gestado com recursos públicos. Aqui, com maior razão talvez, o Estado produziu num certo sentido os produtores. Neste contexto, cabe indagar-se sobre o significado do neoliberalismo econômico, emergente sobretudo a partir dos anos 70, numa conjuntura de crise econômica do sistema capitalista. Neoliberalismo este que funda na crítica ao Estado e na apologia do mercado livre seu programa de luta. Até que ponto a contrapartida necessária do neoliberalismo econômico não seria o conservadorismo político? Para tentar responder a estas e a outras questões, convém inicialmente examinar algumas das características do Estado contemporâneo.

Sob o impacto de profundas transformações nas esferas econômica, política e social, desde o final do século passado, a concepção tradicional do Estado, percebido antes de tudo pela idéia de autoridade, passa, pouco a pouco, a ser contestada. A noção de um Estado norteado pelo conceito de ser-

4 MOREIRA, Vital, Constituição e Democracia na Experiência Portuguesa. In: CONSTITUIÇÃO e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 270-273.

5 Retomamos aqui observações já formuladas em outro trabalho: CARRION, Eduardo Kroeff Machado. Neoliberalismo x Estado Social. In: _____. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 155-158.

viço público toma assim o lugar da imagem de um *Estado-poder de dominação* da doutrina jurídica alemã ou de um *Estado-soberania* da correspondente teoria jurídica francesa. Estado este que se definiria antes pela prestação de serviços do que por manifestações de autoridade. Por um lado, o Estado pretende não só coordenar e orientar, quando não direcionar, a atividade da iniciativa privada, como também se substituir, em certas áreas estratégicas, à própria iniciativa privada, de forma a controlar e a regular as flutuações da economia capitalista; por outro, o Estado procura intervir nas relações sociais, contrapondo às desigualdades de fato uma política social compensatória, com o objetivo de evitar ou abrandar tensões que pudessem eventualmente colocar em risco o sistema.

Ao Estado liberal anterior correspondiam princípios econômicos como o da liberdade da indústria e do comércio e o da igualdade de tratamento em matéria econômica, impedindo assim medidas discriminatórias ou seletivas por parte da administração com relação à atividade da iniciativa privada. Com a mudança da natureza do Estado, novos princípios econômicos surgem, refletidos em expressões como “planejamento econômico”; “estatizações”; “democracia econômica e social”, em complemento à democracia política, etc. Novos princípios econômicos estes que, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, encontraram acolhida cada vez maior nas Constituições, recebendo então estatuto e garantia constitucionais. Estes novos princípios econômicos apresentam inspiração distinta daqueles clássicos. Ao invés de significar uma limitação à ação

do Estado, implicam numa maior intervenção do Estado.

O Estado Social, que resultou desta nova realidade, correspondeu em grande parte a um pacto social-democrata entre capitalistas e trabalhadores, numa fase de expansão da economia capitalista, desde o início dos anos 40 até o final dos anos 60. Face à crise econômica do sistema capitalista, a partir do final dos anos 60, inicialmente sob a modalidade de uma crise financeira, o Estado Social encontra-se igualmente em crise. Neste quadro, a política econômica neoliberal expressa também a tentativa de retroceder com relação às conquistas da fase anterior de expansão da economia capitalista.

Os neoliberais acreditam na superioridade da regulação pelo mercado, o intervencionismo estatal, representando assim um fator de transtorno e de desajustamento da economia de mercado. Entretanto, esta apologia do mercado livre não seria uma maneira de mascarar uma investida do capital contra as conquistas históricas da classe trabalhadora, expressas no pacto social-democrata do Estado Social? Liberar a empresa não seria na realidade uma forma de liberar a empresa de suas funções sociais e de desarmar a classe trabalhadora frente a esta nova ofensiva do capital, regredindo a economia a uma fase já superada? Aliás, a proposta neoliberal não é incompatível com a defesa de uma política de subvenções e de transferência de recursos do Estado para o setor privado, o mercado livre funcionando apenas ou prioritariamente a nível das relações de trabalho. Face à crise econômica, ao invés de precinizar uma política econômica de cres-

cimento em benefício da sociedade, ela sustenta uma política econômica de recessão e de austeridade em defesa do lucro. O mais grave parece ser o fato de esta maior liberdade econômica propagada não se traduzir em uma ampliação das liberdades públicas. O neoliberalismo coaduna-se perfeitamente com um Estado forte e autoritário, significando em última análise uma subordinação da política do Estado aos interesses exclusivos da empresa privada.

Gostaria de terminar minha intervenção, lembrando uma vez mais a magistral lição de Juan Bautista Alberdi, pai da Constituição argentina de 1853, para quem há Constituições de criação e Constituições de conservação, a América Latina necessitando das primeiras, isto é, daquelas que sirvam de instrumento para a construção de uma sociedade democrática e moderna.

REFERÊNCIAS

- CARRION, Eduardo Machado Kroeff. A Dimensão Prospectiva das Constituições. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, São Paulo, n.44, p. 80-87, 1988.
- _____. Neoliberalismo x Estado Social. In: _____. *Apontamentos de Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 155-158.
- GRAU, Eros Roberto. *A Constituinte e a Constituição que Teremos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1985.
- MOREIRA, Vital. Constituição e Democracia na Experiência Portuguesa. In *CONSTITUIÇÃO e Democracia*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998, 3ª edição, revista, ampliada e atualizada.

O direito internacional público e a questão da ordem

Félix de Cantalício Araújo Falcão*

INTRODUÇÃO

Por entender que o tema está estreitamente relacionado com o conceito de ordem, desenvolverei este modesto trabalho basicamente em duas partes.

Na primeira, enfocarei o assunto *ordem* alicerçando-me no magnífico trabalho desenvolvido pelo grande e saudoso mestre Antônio José Fabrício Leiria.¹

Na parte seguinte, tratarei do tema responsabilidade internacional propriamente dita. Aqui, minha linha de raciocínio e a abordagem do assunto foram pautadas basicamente em pesquisas levadas a efeito junto à produção dos eminentes juriconsultos e reconhecidos doutrinadores Celso Mello,² Hildebrando Accioly³ e Ivo Sefton de Azevedo.⁴

Por fim, chegarei a algumas conclusões que entendo pertinentes e tecerei

alguns comentários sobre a atualidade da matéria.

Parte 1

1 A QUESTÃO DA ORDEM

O ser humano, como ser racional, encontra-se submetido a uma realidade social, da qual não pode escapar. O que lhe é dado tentar, no mais das vezes obtendo êxito, é interferir no curso dos acontecimentos moldando e mudando seu entorno, objetivando a satisfação de suas necessidades. O homem-origem, o homem-princípio, está relacionado com o *ser*. O homem secundário, o homem social, identifica-se com o *dever ser*.

Desta manifestação ôntica do homem social, como entendido por Heidegger,

* Professor de Direito na UFRGS; Advogado; procurador aposentado do Banco Central.

1 LEIRIA, Antonio José Fabrício. *Fundamentos da Responsabilidade Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

2 MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

3 ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

4 AZEVEDO, Ivo Sefton de. *Direito Internacional Público*. 2. ed. Porto Alegre: Jurídica, Acadêmica, 1982.

aflora o direito, cujo escopo é o bem-estar do próprio homem e a paz social.

A esta altura já estou tratando do homem como ser jurídico. Para entender-se a si mesmo como ser jurídico, o homem, fazendo uso da sua inteligência, atributo que conduz à racionalidade, busca um sistema de ordem. Dessa procura vem à tona o problema da ordem.

2 O QUE É ORDEM?

Alguns dos grandes pensadores da humanidade já se ocuparam com o problema da ordem.

Pitágoras, contemplando o universo e destacando a harmonia entre a complexidade e a beleza nele existentes, chamou-o de cosmos, que significa elegância, interrelacionando a idéia do belo com a idéia de ordem.

Por sua vez, Santo Tomás de Aquino entendia a ordem como sendo “o exato ajustamento dos meios a um fim”.

Já o nosso festejado Armando Câmara conceituava a ordem como “o relacionamento objetivo e finalístico do dinamismo dos seres”.

3 ORDEM CÓSMICA

Partindo da idéia de ordem, deparamo-nos, enquanto seres inteligentes e perceptivos, diante de uma ordem superior a todas as outras: a ordem cósmica. Da ordem cósmica o homem jamais afastar-se-á. Ele apenas a contempla e a ela se submete, segundo os princípios por ela estabelecidos. Quando muito, como fizeram alguns dos expoentes do pensamento humano que se preocuparam com o tema, tentará en-

tendê-la, perceber-lhe os desígnios e as leis, jamais exercer-lhe influência. O homem é cativo da causalidade e do determinismo da ordem cósmica.

É ainda Tomás de Aquino que diz: “Na ordem as coisas se dispõem relacionadamente em torno de um princípio superior”.

Para Leibniz “O mundo encontra-se ordenado, porque há um princípio ontologicamente hierarquizado. Num sistema de ordem há um princípio ordenador, segundo o qual cada coisa está no seu lugar”.

Bergson fala de uma “ordem vital”. Logo, se não existir ordem não existirá vida.

Como se vê, vários foram os filósofos, os pensadores da condição humana, que identificaram e apreenderam a inexorabilidade da ordem cósmica.

4 ORDEM HUMANA INTERIOR

O homem, por ser parte integrante da ordem universal, da ordem cósmica e, também, por ser dotado de racionalidade, sente que possui uma ordem interior. Ordem esta que ele influencia e por ela é influenciado, determinando esta sua maneira de agir. Esta ordem interior do homem é o princípio que rege a sua conduta no mundo exterior; que baliza suas relações com as coisas materiais e imateriais e com os demais integrantes da sociedade.

5 ORDEM HUMANA EXTERIOR

Este é o passo seguinte dado pelo homem na direção da ordem jurídica, que se constitui no objetivo desta parte do presente estudo.

O homem, após vislumbrar e identificar que existe em si uma ordem interior, sente que é um *dever ser* solidário e não solitário. Ele tem consciência de que não possui a realização plena de si em si mesmo. Precisa, através de mecanismos inteligentes, atingir aos seus semelhantes e às coisas que o cercam, com os mesmos interagindo. Ele descobre os seus fins humanos. Ele não é uma coisa nem um ser irracional absoluto. Para que possa atingir este *desideratum* ele “cria” a sua ordem exterior.

O ser humano está prestes a adentrar o território da ordem social, para daí elevar-se ao patamar da ordem jurídica.

6 ORDEM SOCIAL

O homem, consciente da sua absoluta submissão à ordem cósmica, vivenciando o seu próprio ordenamento interior, este naturalmente tendendo a exteriorizar-se e materializar-se através do ordenamento exterior, sente que deve dirigir sua atenção para outra forma de ordem: a ordem social.

Neste momento, o homem dá início a um processo inexorável de aperfeiçoamento dos mecanismos de convívio social e, mais recentemente, após um longo período de negligência, de harmonia com a natureza. Inicialmente de forma primária e egoística, tendendo, porém, com o passar do tempo, ao estabelecimento de formas mais aprimoradas de relacionamento com os seus semelhantes e com o seu entorno.

7 ORDEM JURÍDICA

Finalmente chega-se à ordem jurídica que, juntamente com a ordem so-

cial, constituem os pilares do inter-relacionamento humano. Esta, associada a uma vivência mais natural, aquela, mais elaborada, envereda pelos caminhos da estilização dos comportamentos.

Na ordem jurídica temos a regra, a norma que diz como deve ser e qual a sanção a ser aplicada para os que com ela não se conformarem ou que a ela desobedecerem. E aqui temos o aspecto que distingue a norma jurídica das demais espécies de normas, a coercitividade. O ser humano abdica da sua individualidade e voluntária, porém, obrigatoriamente submete-se a um conjunto de regras de convivência social harmônica, a ordem jurídica.

No campo da ordem jurídica o homem depara-se com o valor. Emite juízo de valor, pois ordem é valor. Logo, ordenar é valorar.

Aqui, faz-se mister destacar o valor, a ordem, a norma e a sanção, que para fins do presente estudo desaguam na “responsabilidade”.

Parte 2

1 RESPONSABILIDADE

LATO SENSU

Interessante seria desenvolver-se, a esta altura, um estudo razoavelmente aprofundado sobre o tema responsabilidade, genericamente compreendida. Porém, entendendo que, sem perda da substância da matéria tratada (responsabilidade internacional), pode ser efetuada uma pequena abordagem do assunto responsabilidade *lato sensu*.

Identifica-se a responsabilidade como sendo o nexó psíquico que vincula o agente que quebra a ordem aos efeitos do seu ato.

De uma forma ideal, todo ato que provoque uma ruptura no ordenamento deve ser seguido por outro que objetive retornar as coisas ao estado anterior àquele.

A medida deste ato reparador será resultante do ordenamento jurídico (direito em abstrato) e da situação de fato que se apresentar (suporte fático eficiente à atuação da norma).

2 RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS

A responsabilidade dos Estados é tema da mais alta importância na esfera do Direito Internacional Público, na medida em que, mesmo incipiente, é ele que contribui de maneira mais positiva para que não seja quebrada a ordem internacional; para que não sobrevenha o caos na sociedade das nações.

A seguir o tema é desenvolvido sob os seus principais aspectos.

2.1 Conceito

Alguns conceitos são enunciados por nossos autores. CELSO MELO,⁵ citando ROUSSEAU e BASDEVANT, diz que a responsabilidade internacional do Estado é “o instituto jurídico em virtude do qual o Estado a que é imputado um ato ilícito, segundo o direito internacional, deve uma reparação ao Esta-

do contra o qual este ato foi praticado”.

HILDEBRANDO ACCIOLY,⁶ citando a antiga Corte Permanente de Justiça Internacional, diz que ela estabeleceu claramente o princípio de que a violação de um compromisso acarreta a obrigação de reparar por forma adequada.

Transpondo para o âmbito do Direito Internacional a definição que foi dada para responsabilidade, quando acima tratou-se da responsabilidade *lato sensu*, temos que a responsabilidade internacional é a relação intrínseca, o liame mesmo, que vincula o Estado que provocou o rompimento da ordem internacional aos efeitos do seu ato.

2.2 Princípios gerais

Os princípios gerais que informam a responsabilidade dos Estados são universalmente consagrados e, no meu entender, estão associados aos conceitos de causa e efeito dos atos internacionais.

O primeiro deles, aquele que condiciona a conduta das pessoas internacionais, é o que nos informa que *pacta sunt servanda*. Diz respeito à obrigação que tem o Estado de não proceder contrariamente aos acordos, sejam consensuais ou trate-se de acordo maior, qual seja, o de zelar para que, direta ou indiretamente, não venha a causar prejuízo a outro Estado. Como exemplo pode ser citado o de Estados ribeirinhos em que aquele que se encontra a montante do rio comum providencia para

5 MELO. *Curso de Direito...*

6 ACCIOLY. *Manual de Direito...*

que as águas não sejam poluídas em seu território, para que não prejudique a qualidade de vida dos habitantes do Estado a jusante.

O Segundo, que refere-se aos efeitos, relaciona-se com a reparação do dano injustamente causado a outrem. A ordem internacional sempre que quebrada deverá ser restabelecida. É o retorno ao *status quo ante* ou, se impossível, a reparação pela justa indenização ao Estado que sofreu o dano.

2.3 Pressupostos

São pressupostos da responsabilidade internacional:

- a) ato ou omissão ilícitos;
- b) imputabilidade do ato ou omissão;
- c) dano causado a um direito alheio.

Por questão de lógica, se não há ilicitude do ato ou omissão do Estado, não poderá ser-lhe imputada a responsabilidade.

No direito internacional existe a característica peculiar de que nem sempre o Estado é o autor direto do ato ilícito que a ele é imputado. A isso, alguns autores denominam de responsabilidade indireta. *Data maxima venia*, discordo dos que esposam essa tese, pois entendo que a responsabilidade direta constituindo-se em um nexó psíquico, e, como o psiquismo é particularidade humana, por via de consequência, sendo o Estado um ente não humano, sua responsabilidade será sempre indireta. Não caberia então distinguir entre responsabilidade

direta e responsabilidade indireta do Estado. Melhor talvez seria a distinção entre responsabilidade por ato próprio do Estado e responsabilidade por ato de terceiro que a ele deva ser imputada.

O terceiro pressuposto considerado pela maioria dos doutrinadores é o relativo à existência de dano causado a um direito alheio. Só haverá responsabilidade do Estado se houver dano a reparar.

2.4 Fundamentos teóricos

Inicialmente, HUGO GROTIUS elaborou a teoria subjetiva ou da culpa. Esta, segundo CELSO MELLO,⁷ já existia no Direito Romano e foi levada para o Direito Internacional por GENTIL.

Não é pacífico o acolhimento dessa teoria entre os doutrinadores. Minhas pesquisas levaram-me a concluir que a grande idéia desta corrente é a de que o Estado é culpado pelos atos praticados ou omissões dos que se encontram sob sua tutela diplomática.

Já, uma segunda teoria, e que hoje predomina, a teoria do risco, sustenta que a responsabilidade do Estado decorre do nexó causal que o liga ao ato ou omissão ilícito praticado.

É de se referir ainda a uma terceira corrente doutrinária que engloba algumas teorias ditas ecléticas ou mistas. Para os seus defensores a responsabilidade internacional fundamenta-se na culpa, quanto às omissões, e no risco, quanto às ações.

7 MELLO. *Curso de direito...*

2.5 Modalidades

A responsabilidade do Estado pode decorrer de atos ou omissões de qualquer de seus órgãos de poder.

O órgão executivo responde pela conduta dos funcionários do Estado. Responde ainda pelos atos do governo como entidade coletiva. Qualquer ato ou omissão de funcionário do Estado agindo individualmente, enquanto no exercício de suas funções estatais, ou atitude tomada pelo governo como tal, se ilícito, faz surgir a responsabilidade do Estado.

O próprio órgão legislativo, através de atos ou omissões, também poderá suscitar a responsabilidade do Estado. Se o referido órgão editar norma contrária a preceito de direito internacional esta regra será considerada ilícita. Da mesma forma estará procedendo o legislativo que deixar de editar lei a que esteja obrigado face aos compromissos assumidos pelo Estado no âmbito internacional. Em igual ilicitude incorre o órgão legislador que agir, embora não contrariamente, pelo menos em desacordo com os deveres internacionais do Estado. Em todos esses casos o Estado a que pertença o órgão legislativo será responsabilizado perante a comunidade internacional. A esse respeito, consideramos de suma importância a norma inserida na Constituição da República Federal da Alemanha, que declara inconstitucional qualquer norma legal que contrarie preceito de direito internacional por esta reconhecido.

Finalmente, temos os atos emanados do órgão judiciário.

O caso mais pacificamente identificado como ato ilícito do poder judiciário é a de negação de justiça. Esta pode se manifestar de diversas formas:

- a) na ausência de assistência judiciária aos estrangeiros;
- b) na negativa das autoridades judiciárias de tomarem conhecimento das causas regularmente a elas submetidas por estrangeiros;
- c) no retardamento deliberado ou na ausência da sentença, nesses casos;
- d) nas hipóteses em que não são oferecidas aos estrangeiros garantias suficientes de que a justiça é bem administrada.

Os erros judiciários não se enquadram nos casos em que vem à tona a responsabilidade do Estado.

3 CONCLUSÕES

Além dos fatores acima tratados, que considero os mais relevantes, posso citar ainda:

- a) as causas que excluem a responsabilidade internacional, entre as quais destacam-se a legítima defesa, as represálias, esta não aceita pela carta da Organização das Nações Unidas, a prescrição, a culpa do lesado, a renúncia e o estado de necessidade;
- b) as conseqüências jurídicas ou modalidades de reparação, quais sejam: a reposição das coisas ao estado anterior (retorno ao estado de ordem), a indenização pecuniária, que pode alcançar os lucros cessantes, os juros e a correção monetária, e as satisfações plenas;
- c) a maneira como se deve proceder a reclamação (rito);

d) o esgotamento dos recursos no direito interno – só se deve recorrer à via diplomática esgotadas todas as possibilidades, na justiça interna, de se obter a reparação do dano;

e) deve ser considerada também a nacionalidade da pessoa atingida – não se pode exigir reparação de um Estado ao qual não pertença o nacional que reclama;

f) o indivíduo lesado deve ter boa conduta sob pena de ver infrutíferas as demarches do Estado reclamante.

Finalmente, vale ressaltar a ausência de sanção penal no âmbito do Direito Internacional Público.

Reconheço incipiente a força do Direito Internacional Público. Porém, é inegável a grandiosidade de sua contribuição para a harmonia das nações. Dia virá

em que tal força ele terá e de tal prestígio desfrutará que, não tenho a menor dúvida, constituir-se-á na principal ferramenta para a manutenção da ORDEM.

REFERÊNCIAS

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 7. ed. São Paulo: Saraiva: 1966.
- AZEVEDO, Ivo Sefton de. *Direito Internacional Público*. 2.ed. Porto Alegre: Jurídica, Acadêmica, 1982.
- LEIRIA, Antônio José Fabrício. *Fundamentos da Responsabilidade Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1979.

Pensamento filosófico de Armando Câmara*

Jacy de Souza Mendonça**

Seria impossível iniciar estas palavras sem manifestar meus sentimentos de gratidão aos dirigentes desta conceituada Escola pela oportunidade tão preciosa com que me gratificam de retorno a este lar acadêmico e a um passado já tão distante. Aqui vivi dez dos mais preciosos anos de minha vida, cercado de eminentes mestres e generosos alunos. No *Clube*, como carinhosamente o professor Ruy Cirne Lima designava a reunião diária da sala de professores, tive a oportunidade de conviver, como neófito, com uma plêiade de mestres que fazia inveja a qualquer Faculdade de Direito de qualquer universidade do mundo. Nas salas de aula, privei da juventude de um grupo de estudantes que, por seus méritos já então evidentes, honra hoje o Rio Grande e o Brasil. Poder reviver esta circunstância constitui para mim uma graça inestimável em retribuição à qual infelizmente só

disponho da paupérrima simplicidade desse agradecimento público.

Quero pedir-lhes licença para uma referência afetiva especial, ainda que breve, a outro discípulo dedicado de nosso homenageado e outro divulgador de suas idéias, que normalmente assinaria presença esta noite entre os amigos que me cercam, mas que infelizmente acaba de nos deixar – o Prof. Lenine Nequete, um pensador extraordinário, uma pessoa muito cara para mim.

Convidam-me os senhores para estimular uma reflexão sobre a pessoa de meu caro mestre Armando Câmara, sob a perspectiva de seu pensamento filosófico. Confesso que, ainda hoje, enfrente tarefa de tal natureza possuído por inocultáveis sentimentos de insegurança e considerando-a uma ousadia de minha parte. A personalidade desse homem era tão forte que costumava si-

* Conferência proferida na Faculdade de Direito da UFRGS em 31/05/1999 em comemoração ao centenário da Instituição.

** Ex- Professor da Faculdade de Direito da UFRGS. Procurador aposentado do Estado do Rio Grande do Sul.

lenciar e paralisar intelectualmente todos os que estivessem próximos a ele e em momentos como este não posso deixar de sofrer impacto assemelhado. Mas, por outro lado, bem sei que moralmente não devo me furtar de relatar-lhes, nesta triste distância de três décadas, a forma como vi e como ainda vejo este homem extraordinário.

Permitam-me, no entanto, oferecer-lhes uma exposição menos didática e mais afetiva, proporcionar-lhes uma revisão na qual a aridez de um esquema lógico possa ser substituída pelo tom pastel, semi-apagado, de uma foto antiga. De qualquer forma, quero assegurar-lhes que este enquadramento da imagem num pano de fundo assim fugidivo e difuso não irá privá-los de uma representação fiel e estruturada de sua figura humana, menos ainda de suas idéias filosóficas fundamentais. Acertado esse *modus faciendi*, quero iniciar meu trabalho aproveitando alguns dados biográficos do homenageado, que tive a oportunidade de incluir no livro intitulado *Diálogos no Solar dos Câmara*, recentemente publicado pela PUC de Porto Alegre.

Começo evocando um fenômeno psicológico pelo qual manifestou ele sempre grande interesse – as *valorações primordiais*, aquelas tomadas de posição, aquelas opções existenciais que todas as pessoas fazem ainda muito jovens, às vezes até crianças, de forma espontânea e imotivada, sem nenhuma possibilidade de fundamentação racional e aparentemente sem qualquer embasamento experimental, mas que, apesar disso, terminam servindo como bússola para sua biografia. Quando se referia a situações

desta natureza, exemplificava ele lembrando o fato de *Jean Jacques Rousseau*, filho de família monarquista e católica, aos doze anos de idade, ainda estudante do ginásio de *Montpelier*, para escândalo de seus professores e mais ainda de seus pais, ter se declarado pública e solenemente republicano e ateu, sem a menor aptidão para fundamentar tais posições, mas tomando-as a partir de então como rigorosa direção para toda a sua existência e toda a sua obra.

Pois bem, como prometi não fazer aos senhores, neste momento, uma exposição fria e esquemática das posições filosóficas de nosso homenageado, sirvo-me de uma situação assemelhada a esta, por ele vivida, na certeza de que, nas posturas existenciais originais por ele confessadas, irei encontrar material precioso para nossos fins e surpreender nosso filósofo ao vivo, a partir de suas valorações primordiais.

Era uma noite formidável, magnífica, disse ele descrevendo uma experiência pessoal, vivida também aos 12 anos de idade, durante uma noite estrelada, na coxilha da fronteira gaúcha. Debaixo dos meus pés, um universo de pirilampos... uma enorme nuvem de pirilampos. Em cima, o firmamento... outros pirilampos. Interessante! Nessa solidão, em que não tinha com quem falar, como foi estimulante para mim a percepção da via láctea! Eu me lembro de que, nesse estado, nessa situação de solidão, de contemplação de um céu e de uma natureza que me seduziam e me polarizavam, tive a impressão de que havia sido levado por um estado de consciência que eu chamaria de espanto. Consciência da minha

transcendência, da minha diferença face àquilo que estava diante de mim. Eu me estranhei e estranhei a minha relação com o mundo.

Na reminiscência desta experiência existencial, nesta entrega inebriada à grandiosidade da visão da ordem num céu estrelado, encontram-se os elementos essenciais que irão se desenvolver lentamente na formação de seu pensamento filosófico: primeiramente, a tomada de consciência da importância do próprio ser, inserido numa totalidade cósmica, presidida pelas leis de causalidade e de finalidade; em seguida, o reconhecimento da necessidade de um pensamento ordenador desse universo, o Absoluto; finalmente, a visão da destinação integral do cosmos a este mesmo Absoluto. Neste contexto, compreende-se a descoberta que ele faz de uma diferenciação face aos demais seres, e o conseqüente chamamento existencial a uma tarefa, a uma missão.

A idéia de ser implica na idéia de ordem, insistia ele. A idéia de ordem está ínsita no ser. Quem diz ser, diz ordem. Todo ser concreto e individual expressa e encarna uma natureza, ora, natureza é ordem, é estrutura de relações. A apreensão do ser é, por isso, apreensão de uma ordem – a ordem do ser, a ordem cósmica, determinante, a ordem da causalidade e da finalidade sem liberdade.

O fato da ordem, apreendido naquela noite, se transformou no ponto de partida da temática filosófica fundamental para ele, a temática que continuará a seduzi-lo por toda a vida e que estará presente em todas as suas expo-

sições. E para fazer esse afirmação, valho-me, uma vez mais, de suas próprias confissões:

Quando dizemos que o ser é ordenado, observou ele, estamos dizendo que ele é determinado por um pensamento e não sujeito ao acaso, que seria o antípoda do conceito de ordem.

Quando o homem toma consciência da ordem, através da forma de existir dos seres que ele apreende – primeiramente no seu próprio ego, em forma experimental metafísica, para se seguir uma posição conceitual –, nesse momento, aquilo que ele apreende reflete o Absoluto, que é a fonte de toda a ordem.

Muitos anos mais tarde, já no Colégio Anchieta, teve ele a oportunidade de se aproximar de Aristóteles, pelas mãos firmes e seguras de seu orientador, o Pe. Werner von und zu Mühlen. Encontrou-se, então, na verdade, consigo mesmo, porque encontrou naquele filósofo os mesmos temas, a mesma perspectiva de visão do mundo a que fora espontaneamente levado não direta e imediatamente pela reflexão filosófica mas pelas circunstâncias da vida. Uma das afirmações do gênio grego que ele mais repetia em suas aulas era por isso aquela em que Aristóteles destaca, de forma indireta porém veemente, a importância e o significado da ordem, como reveladora racional da presença de Deus na vida:

Quando Anaxágoras afirmou, escreveu Aristóteles em sua *Metafísica*, no maior elogio que um gênio poderia fazer a outro gênio, que na natureza, como entre os animais, há uma inteligência, que é a causa da ordem e da distinção, mostrou-se, em comparação com as di-

vagações de seus predecessores, como um homem desperto, sóbrio e de bom senso no meio de ébrios.

Estas minhas primeiras observações seriam já suficientes para esboçar o perfil que queremos traçar, pois nelas, como disse, podemos encontrar todos os ingredientes lógicos do pensamento de nosso mestre. A fascinante descoberta da idéia de ser, vai levá-lo a aprofundar-se na Ontologia, sob a inspiração exatamente de Aristóteles, de S. Tomás e Aquino e mais tarde de Jacques Maritain. Para ele, tudo começa e acaba na Ontologia. Não se concebe uma Gnosiologia senão a partir de um ser que pensa e um ser que é pensado, e o que se estabelece entre o sujeito e o objeto no ato do conhecimento é uma relação. Ora, relação é o mínimo ôntico, portanto ser, como sustentava o mesmo Aristóteles. Não se concebe também, segundo ele, uma Axiologia senão a partir da Ontologia, pois o valor não pode ser reduzido ao nada e só pode ser pensado como um posicionamento, como uma perspectiva do ser. A própria Antropologia e mesmo a Filosofia Moral são necessariamente fundamentadas na Ontologia, pois o homem é um ser cuja natureza se estrutura na racionalidade, na sociabilidade e na liberdade, um ser cujo dinamismo está portanto condicionado a essa natureza, natureza que é também a situação donde emergem os princípios e as regras que devem orientar sua ação.

A experiência da ordem lhe deu também a visão clara da importância ontológica da finalidade e do princípio de finalidade, essenciais na formação de seu pensamento axiológico, particular-

mente de seu pensamento axiológico jurídico, como iremos destacar mais adiante. Nem sempre a presença da finalidade no ser fora tão evidente ou tão significativa para os pensadores, principalmente para os juristas. Uma das mais veementes críticas que ele dirigia a Hans Kelsen consistia precisamente no fato de o jurista austríaco ter rejeitado a natureza como lugar adequado para o Direito porque, num momento de cegueira intelectual, nela não conseguiu encontrar a presença da finalidade.

Mas certamente o conteúdo mais profundo e mais importante que a experiência juvenil da ordem lhe evocou foi a necessária presença do ser Absoluto para a compreensão da realidade. A partir da observação da ordem, assim como da observação da finalidade como força ordenadora do universo, a partir da visão dos fins do ser, chegou ao fim supremo, ao supremo desconhecido, cuja existência e significado se impõem ao espírito humano até como condição de inteligibilidade do ser.

Para mim, a base de tudo é Deus, diz ele. Sempre que penso algo, estou pressupondo o reconhecimento de minha afirmação total de Deus, como realidade da qual se parte e que é condicionante da tomada de posição do pensamento filosófico. Pensar é repensar o pensamento de Deus. No fundo, é repensar a ordem.

A firmeza de sua convicção sobre o profundo significado da presença de Deus na vida humana era tal que, embora possa parecer estranho para os senhores hoje, ele teve a ousadia de encerrar um discurso político, em campa-

na eleitoral, numa época patrulhada pela dominância das idéias marxistas, afirmando a importância de Deus e eternizando sua postura ideológica numa de suas mais extraordinárias afirmações sob o ponto de vista plástico e programático: “O trágico da vida, disse ele, não consiste em se morrer sem pão mas em se viver sem Deus”.

O fato de, a partir da experiência primordial do espetáculo da ordem, render-se à necessidade do Absoluto, repetir curiosamente a experiência de Emmanuel Kant, talvez o pensamento filosófico com o qual ele menos tenha simpatizado e certamente a posição filosófica que ele mais combateu durante seu magistério. Mas, numa coincidência notável, até sob o aspecto estético, esse extraordinário pensador alemão, nas conclusões de sua *Crítica da Razão Pura Prática*, descreve como experiência pessoal algo muito semelhante a tudo o que acabamos de recordar da biografia de Armando Câmara:

Duas coisas enchem minha alma de crescente admiração e respeito, escreveu Kant, veneração que se renova sempre mais, na mesma frequência com que delas se ocupa a reflexão: por sobre mim, o espetáculo da ordem de um céu estrelado; dentro de mim, o espetáculo da ordem moral.

Não foi outro o itinerário existencial do Professor Câmara.

Embora a contemplação fáustica da ordem universal exterior, a ordem cósmica, regida pela extraordinária harmonia das leis de causalidade e de finalidade, tenha nele despertado a curiosidade filosófica, esta curiosidade poderia muito bem ter permanecido apenas

incubada, poderia não ter sido suficiente para chamá-lo a uma dedicação integral à reflexão filosófica, menos ainda para levá-lo à consagração ao magistério e à vocação apostólica, não fosse a cooperação eficaz de outro fenômeno existencial, cuja natureza ele muitas vezes também explorou, no que denominava a importância existencial das situações limites. Com relação a estas, ele referia um segundo tipo de experiência no desenrolar de sua vida, que rotulava como sua crise moral juvenil, uma experiência por ele nunca bem esclarecida e que em respeito à sua memória devemos manter sob a palidez desse véu de semi-incognoscibilidade. Uma experiência, no entanto, que se encontra definitivamente na gênese de sua atitude filosófica.

O senhor quer me perguntar quando, em realidade, se constituiu a consciência filosófica em mim? – pergunta ele. A resposta é esta mesmo: foi quando experimentei os meus dramas morais. Desde então, senti que a minha única reação diante do mistério do mundo, a única resposta que eu poderia dar, era um devotar-me total, se necessário com renúncia àquelas solicitações tão naturais, tão humanas, como constituir um lar; com renúncia, afinal de contas, a mil prazeres lícitos da vida, devotando-me a esse mistério da relação com o meu Senhor, com o meu Deus, com o Absoluto. A crise moral é que me levou a isso.

É então aqui que vamos encontrar efetivamente o ponto de partida de seu interesse filosófico e de sua vocação para o magistério, rumo do qual se desviou apenas uma vez, e por pouco tem-

po, para dedicar-se à atividade política, alteração de vida que só aceitou em nome do apostolado cristão, que entendia superior a qualquer outra coisa, e de sua entrega pessoal como soldado humilde, a serviço de sua Igreja.

Partindo dos alicerces existenciais e lógicos até aqui lembrados, poderíamos facilmente encontrar agora matéria para construir uma explicação e uma explicação de todas as posições psicológicas, lógicas, gnosiológicas, axiológicas, ontológicas e teológicas que assumiu e desenvolveu em sua atividade docente. Recuso-me, porém, outra vez, a uma exposição escolástica, em homenagem a este auditório, e por isso vou diretamente à temática filosófica que mais o apaixonou, embora dela tenha se aproximado somente na década de 50, que foi a teoria dos valores. É fácil entender porque a Filosofia dos Valores de Louis Lavelle e de Max Scheler tenham nele despertado ao mesmo tempo tanta insatisfação e tão apaixonado interesse, pois a explicação desse conflitante namoro à primeira vista já está dada também naquela experiência metafísica, sob a paisagem de Aceguá, conjugada com a experiência limite de sua problemática moral.

A temática axiológica ofereceu-se a ele como o lugar de encontro do filósofo com o religioso que coabitavam em sua alma, o lugar de encontro de seu ser contingente com o ser absoluto, a descritiva e a explicação da grande epopéia do ser humano, por um lado empurrado pela causalidade, dentro do universo em que habita, mas ao mesmo tempo polarizado, imantado por seus fins naturais, que coincidem com sua

busca da perfeição, com os fins naturais que ele deve livremente concretizar, com os fins naturais que correspondem à sua destinação para a eternidade, à sua vocação para Deus. Empolgado com esse achado, em outra de suas frases lapidares, afirmou que o valor não é senão um pseudônimo de Deus e noutra ainda retomou o mote dizendo que o valor é a presença laica de Deus na terra. Nada poderia revelar, com maior riqueza estética, a integração da visão do filósofo com o posicionamento do místico, o encontro da Ontologia com a Teologia.

Os fins naturais do homem correspondem efetivamente à concreção dos valores, desde a fruição dos valores vitais e úteis, até a realização generosa dos valores espirituais (o bem, o belo e o verdadeiro), culminando com a renição total aos valores sagrados (a santidade). Realizar os valores na vida significa, para o homem, marchar no rumo de sua perfeição, realizar-se como ser humano. Por isso ele se esmerava no emprego de todo o seu dom poético nas exposições sobre o valor, sustentando que este não é outra coisa senão a busca da felicidade, o itinerário do Absoluto.

Quando submeteu a um Congresso Internacional de Filosofia sua definição de valor como sendo o próprio ser visualizado racionalmente numa perspectiva finalística, na aparente algeidez dessa formulação lógica, ao mesmo tempo em que, indiretamente, retratava o espetáculo sideral que o fascinara, estava, de fato, quase como um pintor, trabalhando seu auto-retrato. Nesta definição, podem ser facilmente desvela-

das tanto a paisagem da ordem cósmica da experiência de Aceguá quanto a paisagem de seu interior como homem. Nela se oculta, sem muita dissimulação, um diálogo silencioso, filosófico e místico, do ser humano com o Absoluto.

Mas em que pese seu espanto original com a ordem ontológica, a partir da observação dos objetos cintilantes que formam a paisagem sideral, o tema filosófico fundamental, para ele, era o ser humano. O problema que o angustiava era relativo ao sentido da vida e à destinação humana e daí, apesar do repúdio a todas as conclusões do existencialismo materialista e ateu, olhava com inocultável interesse sua problemática, desde as reflexões angustiadas do precursor, Kierkegaard, até Sartre, Heidegger e o existencialismo cristão de Gabriel Marcel. Graças a esta preocupação com o existencial, com a felicidade humana, com o necessário fazer-se a que está condicionado o ser humano, em que pese o manifesto rigor dialético de suas exposições, ele se auto-qualificava mais como agostiniano do que como tomista. Uma aparente traição, um choque para quem conhecia sua veneração a Santo Tomás de Aquino e para quem acompanhava a disciplina lógica de suas meditações, evidentemente influenciadas pela metodologia do aquinatense. Mas um choque compreensível porque, realmente, para ele, importante era o problema do homem ferido, do homem caído, do homem adâmico, com toda a sua problemática ética. A Filosofia só tinha sentido para ele enquanto análise racional desse problema, e definitivamente não teria sentido algum se não se ocupasse da felicidade humana.

Foi esta preocupação com o destino do homem que o levou à reflexão sobre o significado e a importância da liberdade, força que tragicamente possibilita ao homem a queda, o fracasso adâmico, a vivência dos desvalores, mas que, por outro lado, é a única riqueza capaz de levar esse mesmo homem à plenitude axiológica, à perfeição, portanto.

O valor é essencialmente o chamamento que os fins humanos fazem ao ser livre, que pode aceitá-los ou impugná-los.

Nosso ser nos é dado, disse ele, mas não em sua plenitude e perfeição. É necessário descobrirmos, pela inteligência, os nossos fins, e realizá-los pela vontade. É algo que se realiza ou não, pois graças à liberdade, podemos realizar ou frustrar essa ordem.

Foi também a temática antropológica que o levou muito cedo à Psicologia Experimental e à Psicologia Filosófica, nas quais buscava compreender o mistério interior do ser humano, e posteriormente à Filosofia dos Valores, onde viu a extraordinária possibilidade de encontrar a definitiva resposta racional à questão da existência. Não por outra razão, dentre os valores, seu interesse se concentrou predominantemente sobre os valores éticos.

O que me envolveu em primeiro lugar foi o problema ético, confessa ele, o problema da limitação da vida, o problema da destinação humana, o problema da morte, portanto.

Quando se interessou pelo Valor Verdade, o que suas investigações na área da Gnosiologia demonstram, foi porque e na medida em que nela via a *conditio*

sine qua non para que o homem busque sua realização plena, sua perfeição. Se o homem não fosse racional, se a razão humana não fosse apta para o conhecimento objetivo, a Filosofia não teria sentido e toda a busca racional de explicação do sentido da vida estaria destinada ao fracasso. Por isso assumiu posição dogmática, afirmando, contra todas as formas de ceticismo e relativismo, a possibilidade do conhecimento humano; realista, contra as tendências do criticismo e até do idealismo, predominantes em sua época; e, a partir do intelectualismo, defendeu o valor objetivo do conhecimento. Seu interesse pelos valores estéticos é bem menos evidente e só aparece com algum destaque no que denominava o axiotropismo ontológico, a tomada de consciência de que o homem é um ser que está essencialmente voltado para a totalidade dos valores, um ser que busca a realização dos valores, que fareja valores. Pessoalmente, cultivava uma oculta sedução estética na vocação não explorada para a poesia, revelada porém na fartura e na riqueza das imagens com que enfeitava suas exposições acadêmicas e seus discursos. Mas, para ele, o valor fundamental era inquestionavelmente o Bem Moral, o único que qualificava como obrigatório. Todos os demais são possibilidades à disposição do homem, são opções que o homem pode fazer ou deixar de fazer, no exercício de sua liberdade. Se o homem fraqueja na realização dos valores em geral, sem dúvida se empobrece como ser, mas se fracassa na busca do Bem Moral, seu prejuízo ontológico é total.

As situações violadoras do valor, observava ele, a vivência dos desvalo-

res, pelas sanções que determinam, o remorso, a angústia, a consciência culpada, responsáveis por psicoses, desequilíbrios e fugas psíquicas, constituem uma revelação de que o valor está no ser. O remorso não é só remorso, é a consciência do homem violador da normatividade axiológica, é portanto a consciência de um incidente insuperável com o meio cósmico.

Ao contrário, as situações de êxito, as situações que têm acento triunfal, as situações que revelam conquistas definitivas do homem que encarna valores na História criando cultura, constituindo bens éticos, religiosos ou morais, revelam o ajustamento do valor com o ser, a inserção de uma axiologia numa ontologia.

Outra vez, graças a sua visão antropológica, rejeitava a caracterização da Ética como um conjunto de preceitos meramente formais e relativos mas a conceituava como um conjunto de princípios e leis que emergem da própria natureza racional, social e livre do homem, que podem ser descobertos pela razão e devem ser vividos pela liberdade. Essas idéias foram, já no início de seu magistério, trazidas para as salas desta Faculdade de Direito, o único lugar onde se sentia como em sua casa. Aqui rejeitou com veemência a visão predominante naqueles dias tanto do positivismo quanto do criticismo jurídicos, o primeiro reduzindo o Direito a uma técnica de força, uma expressão da vontade dos detentores do poder, o segundo reduzindo-o a mera exigência lógica de pensar a empiria social. Ao contrário, sempre viu o Direito como uma forma de ação à disposição da pes-

soa humana, como um precioso caminho disponível na busca da realização de seus fins naturais.

Não se pense, porém, a partir de minha exposição, que ele tenha ido da Ontologia ao mundo dos valores e tenha, entre estes, encontrado o valor Justiça. A real evolução de seu pensamento se deu em sentido inverso: a partir de sua preocupação primordial com o homem, com a problemática moral, interessou-se pela Psicologia e posteriormente pelo Direito. A Justiça apareceu-lhe, então, como o conteúdo necessário da regra jurídica, o único conteúdo capaz de levar o homem à realização do bem, a partir de seu compromisso de concretização do bem comum. Foi a análise da essência da Justiça e do Bem Moral que fez com que ele se dirigisse aos valores como gênero, à Filosofia dos Valores portanto, de onde retornou depois à Filosofia do Direito, para aplicar ao conceito de Justiça o resultado de suas investigações genéricas sobre o valor.

Tendo rejeitado a norma moral e a norma jurídica meramente formais, propostas pelo criticismo, tendo rejeitado portanto a neutralidade da norma jurídica, sua Filosofia do Direito só poderia mesmo caminhar em direção à Axiologia, à defesa da necessidade de um conteúdo justo para a regra, que permitisse qualificá-la como jurídica, a uma concepção da Justiça, pois, como valor. Era exatamente isso o que ele buscava desde o início. O valor Justiça não lhe apareceu como um achado casual e inesperado no contato com a pluralidade da escala dos valores, mas foi o encontro de uma realidade ansiosamente

almejada, uma realidade que contava com a presença dos ingredientes que integram a ordem, no caso a ordem construída pelo homem em sociedade, que atendia às necessidades concretas de sua realização como homem. Esta era precisamente a sua busca existencial e a sua posição filosófica, embora difusas, antes de formular o conceito axiológico de Justiça, que só ocorre, como já afirmei, nos anos 50. A estrutura essencial de seu pensamento sobre a Justiça, no entanto, pode ser encontrada, ao menos de forma embrionária, naquela mesma experiência primordial de uma noite estrelada na fronteira gaúcha, pois, como ele mesmo afirmou, a idéia fonte para a constituição do conceito de Justiça, é também a idéia de ordem.

Na Gnosiologia dos Valores, explorou a gênese do conceito de Justiça, inicialmente para negar seu inatismo e em seguida para sustentar que aquilo que faz com que essa idéia se desenvolva no espírito do homem é a experiência natural e espontânea da ordem cósmica, sem liberdade, somada à experiência da ordem interior, na qual estão presentes e atuantes as mesmas forças cósmicas, acrescidas, no entanto, do fator liberdade. Essa dupla experiência de uma ordem dada serve como modelo e possibilita ao homem a visão de uma ordem social ideal, uma ordem social a construir, pela força de sua liberdade, a partir da apreensão racional de seus fins naturais. Uma ordem social a construir, na qual se possa evitar o desvio, a negação dos fins humanos, o que a força da liberdade permite ao homem, mas uma ordem social na qual,

graças ao consentimento dessa mesma liberdade, se realizem, se concretizem os fins naturais humanos no convívio.

O conceito de Justiça, para ele, surge espontaneamente dessas três experiências paralelas de ordem.

Como todos os demais valores, o valor Justiça é para ele uma relação de conformidade. Os termos entre os quais essa conformidade se estabelece são, de um lado, a relação humana, no fundo a ação humana, e, de outro, o bem comum, o conjunto de condições pessoais e sociais de vida que possibilitam a realização dos fins humanos.

Justiça é a conformidade de uma relação interpessoal com os fins da vida enquanto a vida é convívio.

Na relação interpessoal, porém, ou na ação humana, se quiserem, estão íntimas as potencialidades que a direcionam ao bem, no caso ao bem comum, e nisso ele coincide com o jus-naturalismo clássico, para o qual o Direito é um conjunto de princípios práticos que deriva da natureza das coisas. No bem comum via ele os fins da vida humana enquanto convívio e, ao mesmo tempo, a abertura, o caminho em direção aos fins últimos do ser humano. Esta visão lhe permitiu uma tomada de posição firme, clara e combativa, às vezes até apaixonada, no conflito entre individualismo e socialismo, entre pessoa e Estado, entre liberdade e prepotência, que sintetizava na seguinte frase:

Foi por isso que rejeitou, com o denodo de um guerreiro em campo de batalha, com a bravura de um defensor das fronteiras pátrias contra o inimigo perigoso, com a firmeza de um cristão contra os iconoclastas, a tendência so-

cialista dominante à época, mesmo entre nós, que pretendia escravizar a pessoa humana ao Estado, subjugar a liberdade individual ao poder, dar precedência aos valores materiais sobre os valores espirituais, tudo isso sob a inspiração do materialismo ateu, da alienação religiosa, tudo isso em nome da busca de um pseudo paraíso terrestre em que a presença de um Deus de amor era substituída pela afirmação de um Estado de terror, e que culminava criminosamente com a miserabilização do homem, com o desprezo total ao homem real e à sua destinação última. Afirmou, então, com toda a eloquência que lhe foi possível, a precedência e o primado da pessoa humana relativamente ao Estado, a precedência e o primado da Justiça em relação à lei, a precedência e o primado da lei face à autoridade.

Foi caridosa a coincidência biográfica que fez com que sua primeira exposição sistemática sobre o valor Justiça tenha ocorrido no discurso que pronunciou como paraninfo de minha turma, pois já ali está sua visão da Justiça como integradora da vida humana, como unificadora de seu pensamento filosófico e teológico e como fecho conclusivo de sua visão axiológica:

Realizar a Justiça, afirmou ele então, é operar uma liturgia de estilização da vida a seus fins divinos. Essa consideração abre para os juristas a perspectiva das linhas estruturais de um humanismo jurídico integral, que coloca o Direito como realidade no coração mesmo de todas as realidades, como conhecimento, na totalidade do processo cultural, que apresenta o Direito como um momento da vida universal, como uma

das muitas expressões dos desígnios amorosos de Deus de pôr no homem uma força que lhe traga paz, essa paz anunciada aos pastores na mensagem de Natal, destinada aos homens de boa vontade, aos homens que tiverem retidão moral, que quiserem consentir em ser, segundo a vontade de Deus.

Contrariando conscientemente a natureza do convite a mim formulado pelos dirigentes dessa Faculdade, não lhes dei neste momento, porque realmente não quis dar-lhes, uma visão sistemática, fria e acabada do pensamento filosófico de Armando Câmara. Isso, na verdade, de alguma forma, estará sendo feito nas próximas horas, com o lançamento de um livro que visa a apresentar o *Curso de Filosofia do Direito* que ele poderia ter ministrado, embora nunca o tenha feito. Um curso virtual, idealizado a partir de fragmentos dos inúmeros cursos que ele efetivamente ministrou. Um curso que é, por isso, contraditoriamente, ao mesmo tempo autêntico e inautêntico.

Melhor seria que ele mesmo nos tivesse brindado com uma obra dessa natureza, mas ele sempre rejeitou a paralisante sistematização de suas idéias, nunca desejou sepultá-las em letra de forma, sempre intencionou aprofundá-las um pouco mais, sempre quis que elas permanecessem como uma sinfonia inacabada.

Neste momento, procurei apenas proporcionar-lhes, como anunciei, uma fotografia de seu perfil filosófico visto à distância, um esboço, desbotado pelo tempo, que lhes deixasse, no entanto, a percepção do essencial, como num jogo de sombras.

Estou confiante em que, desta forma, atendi, ao menos em parte, às exigências fundamentais do convite, oferecendo-lhes, a respeito do filósofo Armando Câmara, uma visão racional sob um fundo de afeição, visando assim a não decepcionar aqueles que tiveram a gentileza de me convidar mas, ao mesmo tempo, a não trair a memória daquele que quero com todo o meu respeito celebrar por toda a minha vida.

Os princípios da boa-fé objetiva, da função social e da equivalência das prestações no novo Código Civil: uma (re)leitura do contrato

Luciane Maria Padoin*

“É o conhecimento dos princípios e a habilitação para manejá-los, que distingue o jurista do mero conhecedor de textos legais”¹

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A evolução da sociedade trouxe, como um dos reflexos mais importantes, a modificação do papel do Estado frente aos cidadãos. O Estado Liberal, com sua característica de não interferir nas relações intersubjetivas, incapaz de resolver os problemas sociais, deu lugar ao Estado Social, isto é, um Estado que intervém no domínio privado, especialmente atingindo as relações contratuais.

Assim, uma grande marca da evolução da teoria contratual, em consonân-

cia com a evolução da sociedade e a conseqüente transformação do Estado Liberal para o Social, foi o repensar dos princípios (liberais) norteadores das relações contratuais, em face do surgimento dos novos princípios, como: o da função social do contrato, da boa-fé objetiva, da proibidade, e o da equivalência das prestações.

Em razão desse cenário traçado acima, perfilhou-se um novo caminho na teoria contratual, o qual necessita de reflexões, uma vez que o novo Código Civil, refletindo as características de um Estado Social, traz princípios que, até

* Especialista em Direito Imobiliário e Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Professora de Direito na UNISC e UFSM.

1 SUNFELD, Carlos Ari. In: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 13.

então, fugiam das linhas traçadas pelo Código Civil anterior.

Por essas razões, nas linhas que se seguem, propõe-se refletir acerca de alguns desses novos princípios, sem, contudo, pretender esgotar o tema proposto, o qual necessita, pela sua abrangência e relevância, de estudos mais aprofundados e de maiores discussões.

2 CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO

Inicialmente, cabe salientar que a palavra princípio não é utilizada exclusivamente no Direito, uma vez que é adotada em vários campos do saber humano, isto é, na Filosofia, na Teologia, na Sociologia, na Física e também no Direito – entre outras ciências. Porém, em cada campo assume um significado diferente. Embora haja essa amplitude, no presente estudo, revela-se importante (e interessa) tão somente verificar o conceito de princípio no campo do Direito, ou seja, os princípios jurídicos.

Para Ruy Samuel Espíndola,² a idéia de princípio ou sua conceituação, seja lá qual for o campo do saber que se tenha em mente:

designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas

as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam.

Assim, como expressa Elsita Collor Elesbão,³ princípios são

normas básicas, premissas. Critérios ou idéias fundamentais de um sistema jurídico determinado. Os princípios jurídicos não se caracterizam como algo fora do Direito, senão que, na expressão de Carnelutti, “están dentro del Derecho como el alcohol está en el vino”.

Contudo, antes de encontrar a conceituação para princípios jurídicos, deve-se deixar bem claro que os princípios refletem o momento histórico. Para justificar essa afirmativa, volta-se aos princípios que nortearam o contrato na visão liberal: autonomia de vontade e *pacta sunt servenda*. Esses dois princípios, no século XIX, assumiam uma postura exclusivamente individualista, imperando na ordem contratual. Atualmente, tais princípios não apresentam a mesma definição, pois sofreram alterações, isto é, influências de novos princípios (como o da função social, boa-fé objetiva, equidade).

Norberto Bobbio, citado por Ruy Samuel Espíndola,⁴ defende a idéia de que os princípios jurídicos são verdadeiras normas. Oportunamente, é de se lembrar que normas é gênero, cujas espécies são: as regras e os princípios.⁵

2 ESPÍNDOLA. *Conceito de...*, p. 53.

3 ELESBÃO, Elsita Collor. *Princípios Informativos das Obrigações Contratuais Civis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 75-76.

4 ESPÍNDOLA. *Conceito de...* p. 62.

5 Espíndola aponta cinco critérios para diferenciar regras de princípio, a saber: a) O grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente amplo; de modo

Outra questão a ser apontada é a de que os princípios para existirem no ordenamento jurídico não necessitam estarem positivados.⁶ Para ratificar, basta lembrar do princípio que veda o enriquecimento sem causa (ou enriquecimento ilícito), pois, até o novo Código Civil, o mesmo não se encontrava expresso na lei, embora de forma implícita em alguns dispositivos, como é o caso do Dec. nº 22.626/33 (conhecido como Lei da Usura).

É de se consignar que a idéia de normatividade não acompanhou sempre a concepção principiológica. Segundo Bonavides citado por Espíndola,⁷ a juridicidade ou a normatividade dos princípios passou por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

A primeira fase posiciona os princípios jurídicos em esfera abstrata e metafísica, pois, segundo Espíndola,⁸ são tidos como inspiradores de um ideal de

justiça, cuja eficácia se cinge a uma dimensão ético-valorativa do Direito. Assim, a normatividade dos mesmos, se não for encarada como nula, ao menos era de duvidosa propriedade praxeológica. Essa corrente concebe os princípios gerais de Direito em forma de axiomas jurídicos ou normas estabelecidas pela reta razão. São, assim, normas universais de bem obrar. São princípios de justiça, constitutivos de um Direito ideal. São, em definitivo, um conjunto de verdades objetivas derivadas da lei divina e humana.

Na segunda fase, a juspositivista, os princípios, conforme Espíndola,⁹ entram nos códigos como fonte normativa subsidiária da inteireza dos textos legais. São encarados como válvulas de segurança que garantem o reinado absoluto da lei. Não são encarados como superiores às leis, mas delas deduzidos, para suprirem os vazios normativos que elas não puderem prever, isto é, são tidos como fontes

diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida. b) O grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta. c) Caráter de fundamentalidade no sistema de fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). d) Proximidade da idéia de direito: os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na idéia de direito (Larenz); as regras podem ser normas vinculantes com um conteúdo meramente formal. e) Natureza normogênica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogênica fundamentante. (ESPÍNDOLA, *Conceito de...* p. 70).

6 Karl Larenz destaca que os princípios não positivados irrompem no pensamento jurídico pelo umbral da consciência, devido a um caso pragmático. (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa: Calouste, 1997. p. 599).

7 ESPÍNDOLA, op. cit. p. 63.

8 Ibidem, p. 63.

9 Ibidem, p. 63.

de integração do direito. O valor dos princípios está no fato de derivarem das leis, e não de um ideal de justiça.

A terceira e última fase, a do pós-positivismo, é inaugurada, como aponta o autor citado acima,¹⁰ nas últimas décadas, com a hegemonia axiológica-normativa dos princípios, que agora positivados nos novos textos constitucionais, assentam os principais padrões pelos quais se investiga a compatibilidade da ordem jurídica aos princípios fundamentais de escalão constitucional; aos princípios que dão fundamento axiológico e normativo ao ordenamento jurídico. Nesta fase, os princípios jurídicos conquistam a dignidade de normas jurídicas vinculantes,¹¹ vigen-

tes e eficazes para mera aplicação integratória do Direito.

O *status* de normatividade atribuído aos princípios, referido acima, decorre dos reflexos do Estado Social, onde se detecta uma postura intervencionista estatal, através, principalmente, da via legislativa.¹² Nesse sentido, os princípios representam uma forma de tutelar, de modo abrangente, as relações sociais que nascem na sociedade, sem ficar presos à casuística. Em outras palavras, os princípios, tidos como normas, nascem da necessidade do Estado alcançar, juridicamente, todas as situações sociais, que surgem de formas céleres e imprevistas na atual sociedade (complexa e de massa).¹³

10 ESPÍNDOLA. *Conceito de...*, p. 64.

11 A positivação dos princípios, explicita Espíndola, ocorreu não só ao valioso trabalho teórico de juristas como Ronald Dworkin, mas também aos trabalhos de publicistas alemães, espanhóis e italianos, destacando-se o nome do alemão Robert Alexy. (Ibidem, p. 64)

12 Essa atitude intervencionista do Estado é chamada de dirigismo contratual. Nesse sentido, Gustavo Tepedino refere que: O Poder Público persegue certas metas, desenvolve nesta direção programas assistenciais, intervém conspicuamente na economia, vale-se de dirigismo contratual acentuado. O legislador trabalha freneticamente para atender à demanda setorial crescente, fala-se mesmo em uma “orgia legiferante”. Configura-se, assim, de um lado, o direito comum, disciplinando pelo Código que regula, sob a velha ótica subjetivista, as situações jurídicas em geral; e, de outro, o direito especial, cada vez mais relevante e robusto, que retrata a intervenção do legislador em uma nova realidade econômica e política. A intensificação desse processo intervencionista subtrai do Código Civil inteiros setores da atividade privada, mediante um conjunto de normas que não se limitam a regular aspectos especiais de certas matérias, disciplinando-as integralmente. O mecanismo é finalmente consagrado, no caso brasileiro, pelo texto constitucional de 5 de outubro de 1988, que inaugura uma nova fase e um novo papel para o Código Civil, a ser valorado e interpretado juntamente com inúmeros diplomas setoriais, cada um deles com vocação universalizante. [...] Dito diversamente, a Constituição de 1988 retrata uma opção legislativa concordatária, em favor de um Estado Social destinado a incidir, no que concerne às relações jurídicas privadas, sobre um direito civil repleto de leis especiais, chamadas de estatutos, que disciplinam exaustivamente inteiras matérias extraídas da incidência do Código Civil. O Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei das Locações, já reproduzindo outras leis anteriores à Constituição, como o Estatuto da Terra, todos esses universos legislativos apresentaram-se radicalmente diversos das legislações excepcional e especial de outrora. (TEPEDINO, 2001. p. 6-7. *Temas de Direito Civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001).

13 Fábio S. de Andrade ressalva que a adoção de um sistema de princípios conduz a um código menor que abdique da ambição de representar a integridade do direito privado. De modo que o conjunto de princípios não serve para substituir o código, mas para integrá-lo e adaptá-lo a uma sociedade em transformação permanente. (ANDRADE, Fábio S. *Da codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 160).

Como o objetivo principal deste estudo é verificar alguns dos novos princípios que norteiam as relações contratuais, a seguir serão vistos os princípios da função social, da boa-fé objetiva, da probidade e o da equivalência das prestações.

3 PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL

A partir desse princípio, o contrato deixa para trás aquela visão individualista, passando a assumir uma postura social. Comentando sobre esse princípio, Cláudia Lima Marques¹⁴ aduz que:

o contrato não pode mais ser considerado somente como um campo livre e exclusivo para a vontade criadora dos indivíduos. Hoje, a função social do contrato, como instrumento basilar para o movimento das riquezas e para a realização dos legítimos interesses dos indivíduos, exige que o contrato siga um regramento legal rigoroso. A nova teoria contratual fornecerá o embasamento teórico para a edição de normas cogentes, que traçarão

o novo conceito e os novos limites da autonomia da vontade, com o fim de assegurar que o contrato cumpra a sua nova função social. Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor representa o mais novo e mais amplo grupo de normas cogentes, editado com o fim de disciplinar as relações contratuais entre fornecedor e consumidor, segundo os postulados da nova teoria contratual.

Assim, o novo Código Civil, sob inspiração da atual Constituição, traz em seu texto o princípio da função social do contrato, sob a forma de cláusula geral,¹⁵ no artigo 421, dispondo que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Pela leitura do artigo supramencionado, observa-se que o novo Código não aboliu o princípio da autonomia das partes (liberdade de contratar), mas, sim, limitou-o ao cumprimento da função social.

Importa destacar que a concepção clássica do contrato,¹⁶ que era baseado

14 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 90.

15 Para Karl ENGISH, cláusula geral é uma formulação da hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. A técnica legislativa de cláusula geral contrapõe-se à técnica da tipificação ou casuística. Ainda English alerta que graças à generalidade das cláusulas gerais é possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuismo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e provisoriamente dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais. (ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6.ed. Lisboa: Calouste, 1983. p. 233).

16 John GILISEN refere que a idéia de liberdade contratual é baseada em duas fórmulas: a primeira no *laissez faire, laissez passer* (deixai fazer, deixai passar) e a segunda na lei da oferta e da procura. O século XVIII significa a idade de ouro da liberdade absoluta das convenções entre vendedores e compradores, entre patrões e operários, entre senhorios e inquilinos, etc., com a consequência da obrigação de as executar, mesmo se elas se revelassem injustas ou socialmente graves ou perigosas, posto que imperava o que fora pactuado livremente era justo. (GILISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste, 2001. p. 738-739).

do na vontade mútua das partes, prevalecendo o que elas pactuavam, não encontra mais espaço na atual sociedade; posto que o contrato assume, como já dito, uma visão (postura) social. Nesse aspecto, Mônica Yoshizato Bierwagen¹⁷ refere que:

a concepção clássica do contrato [...], cujo intuito não era precipuamente o de lucro, mas o de conservação (aquisição e disposição) da propriedade, demonstrava-se suficiente para a satisfação das expectativas de cada um dos contratantes, estando as partes em pé de igualdade, os contratos eram previamente negociados e celebrados com base no consenso mútuo. Tal esquema, contudo, demonstrou-se insuficiente para reger as relações negociais surgidas após a segunda metade do século XIX, quando se estabeleceu uma nova dinâmica negociada baseada no lucro; a partir de então avolumaram-se os contratos por conta da necessidade de se estabelecer o maior número de negócios possível; a paridade entre os indivíduos, que assegurava a expressão livre da vontade, foi substituída pela imposição do conteúdo dos contratos pelos grandes capitalistas; o equilíbrio social foi minado pela desmedida exploração do mais fraco. Isso, em última instância, significou o exercício ilimitado e irrestrito do direito de propriedade, que se viabilizava através dos contratos.

Oportunamente, ressalta-se que o contrato é compreendido como instrumento que viabiliza a circulação da riqueza, o qual deve ser vislumbrado sob dois prismas: do interesse particular (individual) e do interesse coletivo (público).

No que pertine ao interesse individual, ter-se-á cumprida a função social desde que o contrato não atente contra a liberdade e igualdade dos contratantes. Como bem afirma Bierwagen,¹⁸ quando entre os contratantes ocorre o desequilíbrio desses pressupostos (liberdade e igualdade), não há mais que falar em consenso, mas em imposição da vontade de uma parte à outra, e o contrato, que deveria representar a satisfação de um interesse para a que está em situação inferior, passa a ser apenas o atendimento de uma necessidade irrecusável.

Quanto ao interesse coletivo atentase ao fato de que o contrato também deve atender aos interesses que ultrapassam os interesses individuais das partes, quais sejam: os interesses sociais.¹⁹ Assim, caracterizaria ofensa ao direito coletivo um contrato de locação de um terreno, localizado na zona urbana de um município, entre uma pessoa física e uma particular que tem por objeto o armazenamento de lixo hospitalar sem o devido tratamento.

17 BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras dos Contratos no Novo Código Civil*. São Paulo, 2002. p. 40.

18 *Ibidem*, p. 41.

19 Os interesses sociais podem ser de três categorias: difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em breve exposição, pode-se dizer que os interesses ou direitos difusos são aqueles que transindividuais e indivisíveis, titularizados por pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias fáticas; como por exemplo: a colocação no mercado de produtos perigosos à saúde, a tutela ao meio ambiente. Já os interesses ou direitos coletivos referem-se aos transin-

Embora possa o contrato de locação firmado entre as partes atender aos interesses entre locador e locatário, é de se observar que não atende aos interesses sociais, posto que há uma nítida ofensa ao meio ambiente, além de causar possíveis danos à saúde dos moradores próximos e de outros.

Resumindo esses dois aspectos em que a função social do contrato atinge, como bem refere Bierwanger,²⁰ pode-se dizer que o contrato deve observar tanto a ótica individual-coletiva, uma vez que a garantia de igualdade de condições aos contratantes ao permitir a justa circulação de riquezas resulta num bem-estar coletivo, quanto da ótica coletivo-individual, em que a proteção do grupo social é, em última instância, o asseguramento da igualdade e da liberdade individuais.

Quanto ao reflexo decorrente da inobservância desse princípio, Paulo Nalin²¹ defende a nulidade do negócio contratual, afirmando que:

a nulidade será a sanção mais adequada ao quadro em questão, pois, na lição de PERLINGIERI, o regime de nulidade parte de um prisma de intensidades sancionárias variadas, sendo a nulidade a mais grave e, a anulabilidade, a menos grave. A nulidade se dirige à salvaguar-

da de valores superiores, tutelando interesses gerais, ao passo que a anulabilidade se dirige à proteção dos interesses individuais das partes.

Chegando-se ao entedimento da nulidade, surge a dúvida de qual dispositivo fundamenta essa sanção. É certo que o ordenamento jurídico civilista considera nulo somente o negócio jurídico quando configurar uma (ou mais de uma) das hipóteses elencadas no artigo 166 do Código Civil atual. Sendo claro nesse artigo, no inciso VII, que será nulo quando a lei taxativamente o declarar nulo. Por isso, torna-se relevante discutir-se acerca da resposta a ser formulada quanto à fundamentação da nulidade, posto que há o predomínio do dogma da nulidade textual e não há, nos textos positivos pertinentes ao tema (Código Civil e Constituição Federal), disposição em torno da nulidade por infringência ao princípio.

Como não existe um artigo específico informando sobre a nulidade, a doutrina tem entendido que, nesses casos, incide a chamada nulidade virtual.

Paulo Nalin²² afirma que a doutrina brasileira pouco se refere ao tema da nulidade virtual, contextualizando-a mediante critérios nada específicos do sistema positivo. Isso decorre do dog-

individuais, titularizados por grupo, categoria ou classe, que são determinados seja pela relação jurídica base que os une, seja através de vínculo jurídico que os liga com a parte contrária; como exemplo: estudantes de uma mesma universidade. E, por fim, os direitos ou interesses individuais homogêneos são aqueles que têm origem comum, não transcendem a figura do indivíduo e são divisíveis, como por exemplo: os consumidores de um determinado produto contendo substância nociva à saúde.

20 BIERWANGER. *Princípios e...* p. 45.

21 NALIN, Paulo. *Do Contrato: Conceito Pós-Moderno*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 237.

22 GOMES, Orlando *apud* NALIN. *Do Contrato...* p. 238.

matismo da nulidade textual, caprichosamente prevista, hoje, no artigo 166, inciso VII, do CC, na qual negócio jurídico nulo é aquele praticado com infração de preceito legal de ordem pública ou de norma imperativa.

Orlando Gomes citado por Paulo Nalin,²³ ao contrapor a nulidade virtual com a textual, deduzindo ser ela implícita, decorrente da função da norma jurídica e não de texto sancionário expresso, reconhece a dificuldade de sua determinação, na falta de texto legal ou critério geral que a sustente. Da mesma forma, Francisco Amaral citado por Nalin,²⁴ conclui ser a nulidade virtual tácita, pois que não expressa, dedutível das normas ou dos princípios jurídicos.

Em exposição final, Nalin²⁵ entende que se revela adequada uma adoção mais prática e efetiva da nulidade virtual,

pois inexistente a previsão sancionatória, quando não cumprir o contrato a sua função social. E assim se mostra oportuna a nulidade virtual, seja porque de ordem pública as regras pertinentes ao tema, tanto na esfera constitucional quanto na ordinária, seja porque inderrogáveis absolutas, seja porque encerram uma tutela que supera o mero fato do contratante mais débil (técnico, fático ou jurídico), mas sobretudo em razão de sua função mais justa. O segundo aspecto, de cunho mais positivo, mostra que no âmbito do próprio Código Civil de 1916 localiza-se o fundamento da nulidade virtual, con-

forme prevê o seu artigo 145, inc. II,²⁶ pois um contrato desprendido de sua função social sempre trará consigo um objeto ilícito, uma vez que contraria a ordem jurídica e a finalidade constitucional, de modo a eivá-lo de nulidade, mesmo que não prevista a sanção.

Parece que, realmente, essa é a interpretação mais adequada, uma vez que, se não pudesse nulificar um contrato que não atenda à função social, restaria letra morta o artigo 421 do Código Civil.

Ainda oportuno se considerar que a nulidade pode atingir todo o contrato, como no exemplo exposto acima (da locação do terreno para armazenamento de lixo tóxico), como também pode atingir alguma cláusula contratual. Nesse caso, é lícito à parte prejudicada ingressar com uma demanda, requerendo a declaração da nulidade da cláusula e, conseqüentemente, que o juiz integre o contrato de forma a (re)estabelecer a harmonia contratual.

4 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E O PRINCÍPIO DA PROIBIDADE

O princípio da boa-fé biparte-se em boa-fé subjetiva e objetiva. Por isso, antes de fazer alusão ao princípio da boa-fé objetiva, é importante traçar a distinção entre a boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva.

Tal distinção é buscada nas palavras de Judith Martins-Costa:²⁷

23 AMARAL, Francisco apud NALIN, op. cit. p. 238-239.

24 Ibidem, p. 239.

25 Ibidem, p. 242.

26 No Novo Código é o artigo 166, inc. VII.

27 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 411-412.

a expressão boa-fé subjetiva denota estado de consciência, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais especialmente em matéria possessória. Diz-se subjetiva justamente porque, para sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar outrem. Já por boa-fé se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil Alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *stardard* jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade. [...] ao conceito de boa-fé objetiva estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro polo da relação obrigacional.

Oportunamente, mister considerar que a distinção clara entre boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva veio do direito

civil germânico, especificamente no Código Civil (BGB). Nesse sentido, Menezes Cordeiro²⁸ alude que:

o BGB se refere à boa-fé objetiva (*treu und glauben*) em cinco das suas disposições e à boa-fé subjetiva em dezesseis disposições. Ainda acrescenta que dada a importância, quanto à boa-fé objetiva, mereceu esta destaque também em legislação extravagante, dispondo no § 9/1 do AGBG de 9 de dezembro de 1976: As disposições das condições negociais gerais são ineficazes quando desfavoreçam, contra a regra da boa-fé, de modo desmensurado, o parceiro contratual do aderido.

Embora tenha o BGB contraposto com clareza a boa-fé objetiva em relação à subjetiva, não quer dizer que a boa-fé teve origem nesse ordenamento. Em rápidas digressões, pode-se dizer que a boa-fé tem raízes no direito romano, assumindo, aí, implicações de ordem religiosa, ética e moral, sem ter uma preocupação de ordem jurídica.

A juridicização da boa-fé só veio a ocorrer, conforme Bruno Lewicki,²⁹

com o incremento do comércio e o desenvolvimento do *ius gentium*, complexo jurídico aplicável a romanos e estrangeiros. [...] Esta noção, com traços da boa-fé objetiva da doutrina hodierna, foi bastante diluída no *Corpus Iuris Civilis*. Soma-se a isto a difusão, ainda antes da compilação justinianéia, da idéia da *bona fides* como um estado psicológico de ignorância que tornara-se um requisito para o usucapião;

28 CORDEIRO, Manuel António da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 325-326.

29 LEWICKI, Bruno. Panorama da Boa-Fé Objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p.58-59.

e ainda a influência do direito canônico, que via a boa-fé como “ausência de pecado”, ligada principalmente ao fenômeno da prescrição. Estes fatores se sobrepõem durante o medievo, proporcionando um quadro de progressivo abandono do olhar objetivista sobre a boa-fé, cada vez mais identificada com a visão subjetiva.

Essa situação só veio a ser alterada com o Código Civil Francês (1804), que dispôs em vários artigos sobre a boa-fé subjetiva, especialmente ligado ao direito possessório, e somente em um artigo (art. 1.134) há referência à boa-fé objetiva no que diz respeito aos efeitos das obrigações, dispondo que as convenções legalmente constituídas devem ser executadas de boa-fé.

Contudo, a disposição referente à boa-fé objetiva, nas palavras de Bruno Lewicki:³⁰

acabou tornando-se letra morta para os juristas que foram responsáveis pelas primeiras interpretações do Code, influenciando uma série de seguidores e criando uma escola que dominaria a hermenêutica do oitocentos: a Exegese, caracterizada pelo apego imorredouro à letra da lei Napoleônica. Alguns fatores foram fundamentais para este desprezo que a escola da Exegese demonstraria pelo instituto da boa-fé objetiva, como a própria incongruência do artigo 1.134, que, antes de aludir à lealdade contra-

tual, estabeleceu que as convenções legalmente pactuadas têm força de lei entre as partes. Sobretudo, restringiu-se o campo de atuação do princípio da boa-fé pela forma como ele foi positivado no Code, necessitando, para sua concreção, de uma maior abertura à atividade discricionária do julgador – o que, sem dúvida, era inconciliável com o método exegético.

É importante consignar que a jurisprudência alemã já vinha aplicando a boa-fé objetiva antes mesmo da vigência do BGB, notadamente no direito comercial. Tal constatação é ratificada por Judith Martins-Costa,³¹ ao asseverar que a difusão da boa-fé objetiva, na sequência da entrada em vigor do BGB, é apenas aparente, uma vez que, representa uma continuidade de práticas judiciais assentes numa experiência extensa da jurisprudência comercial alemã.

Posteriormente, a boa-fé objetiva veio a se espalhar em outras legislações como o Código Civil Italiano (1942) e o Código Suíço (1907). No Brasil, isto é, no Código de 1916, não há menção expressa a esse princípio.³²

O Código de 1916 contemplou a boa-fé, assim como o Código Napoleônico, conforme alega Roberto Sensi Lisboa³³ disciplinando-a no que pertine aos di-

30 Ibidem, p. 60.

31 MARTINS-COSTA. Da Boa-Fé. p. 209.

32 Clóvis V. do Couto e Silva alega que, no direito pátrio, não existia dispositivo legislativo contemplando a boa-fé no direito obrigacional; contudo, sendo fundamental para esse ramo do direito, sua presença independe de sua recepção legislativa. Ressalva ainda o autor que o Código Comercial dispôs, no art. 131, I, esse princípio, incluindo-o no campo obrigacional e relacionou-o com os usos de tráfico (1976, p. 29-30).

33 LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 90-91.

reitos possessórios e no mundo obrigacional e negocial. Neste último aponta, como exemplos, os artigos 933, § único, 935, 986, 1.072, 1.272, 1.316, 1.318, 1.321, 1.382, 1.404, 1.437, 1.443 a 1.446 e 1.454. O estatuto pátrio fixou, assim, várias disposições sobre a boa-fé subjetiva – ignorância ou não da posse indevida – e acerca da boa-fé objetiva – onde não se cogita a existência de tal erro absoluto, mas tão-somente de regra de conduta a ser seguida pelo indivíduo.

O novo Código Civil, alterando o panorama do Código anterior, contempla expressamente, através de uma cláusula geral, a boa-fé objetiva no artigo 422, dispondo que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Quanto à boa-fé subjetiva, o novo Código continua reportando-a aos direitos possessórios.

É importante frisar, como bem apontou Bierwagen,³⁴ que:

a grande novidade não é pois a “invenção” da boa-fé objetiva na sistemática do novo Código Civil, mas sim o seu reforço através de uma cláusula geral, de conteúdo propositadamente vago, no prólogo das normas de direito contratual, de forma a não ensejar quaisquer dúvidas de que os contratos hão de ser negociados, concluídos e executados com confiança, lealdade e retidão e que tais comportamentos, exatamente por abrigarem inumeráveis condutas possíveis, exigirão do

intérprete, na busca da concreção daquele mandamento, a observação, caso a caso, desses mesmos elementos.

O Código de Defesa do Consumidor (1990), antes mesmo do novo Código Civil, já previa a boa-fé objetiva no artigo 4º, III e no art. 51, inc. IV. Essa última previsão legal constitui-se em uma verdadeira cláusula geral – cláusula geral da boa-fé –, permitindo ao juiz, a cada caso concreto, sem estar preso a uma casuística, proteger o consumidor, através da declaração de nulidade de disposições contratuais contrárias a essa regra de conduta.

A partir do CDC, pode-se afirmar que a teoria contratual encontra um novo rumo, sem descurar que esse Código é reflexo da Constituição Federal, que impôs uma nova ordem jurídica. Nesse sentido, Cláudia Lima Marques³⁵ reflete que:

como novo paradigma para as relações contratuais de consumo de nossa sociedade massificada, despersonalizada e cada vez mais complexa, propõe a ciência do direito o renascimento ou a revitalização de um dos princípios gerais do direito [...]: o princípio geral da boa-fé. Este princípio ou novo “mandamento” obrigatório a todas as relações contratuais na sociedade moderna, e não só às relações de consumo, será aqui denominado de Princípio da Boa-Fé Objetiva [...].

A autora acima³⁶ destaca ainda que o princípio da boa-fé objetiva, na for-

34 BIERWAGEN. *Princípios e Regras...* p. 51.

35 MARQUES. *Contratos...* p. 78-79.

36 *Ibidem...* p. 79.

mação e na execução das obrigações, possui dupla função na nova teoria contratual, isto é uma como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos, e outra como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos.

Os deveres em anexo acompanham o contrato desde a fase pré-negocial, o momento da sua conclusão e após sua perfectibilização. Cláudia Lima Marques³⁷ refere como deveres anexos: o dever de informar, o dever de cooperação e o dever de cuidado.

Quanto a esses deveres, a autora acima³⁸ aponta que o primeiro (dever de informar) é verificado na fase pré-contratual, imputando-lhe tanto ao fornecedor de bens/serviços quanto ao consumidor. Esse dever de informar se desdobra, conforme a doutrina estrangeira, no dever de esclarecimento e de aconselhamento. O dever de esclarecimento refere sobre as informações do produto ou serviço, quanto a sua segurança, riscos, qualidade, forma de utilização, entre outros. O dever de aconselhamento é um dever mais forte e só existe nas relações entre um profissional especialista e um não especialista, como ocorre nos médicos que receitam determinado remédio, que aconselham

o paciente a submeter-se a determinada cirurgia ou a determinado tratamento, a utilizar determinado hospital, deixando (ou omitindo) de informar as outras possibilidades ou outros possíveis caminhos, que, como especialistas, devem conhecer e informar. O segundo dever anexo, o de cooperação – implica em agirem as partes com lealdade e não obstruir ou impedir. Assim, por exemplo, quando o consumidor necessita adimplir a sua obrigação e o fornecedor dificulta o pagamento, ao determinar que este só pode ser executado em local especial ou horas difíceis. E o último dever – o de cuidado – tem por fim preservar o co-contratante de danos à sua integridade pessoal (moral ou física) e de seu patrimônio.

No tocante à segunda função desse princípio – limitar os direitos subjetivos³⁹ – Aline Arquette Leite Novais⁴⁰ destaca que limitar o exercício dos direitos subjetivos, nada mais expressa do que a obediência ao mandamento constitucional de que o contrato cumpra sua função social.

Por conseguinte, entende-se que essa segunda função é o acolhimento da visão coletivista do contrato, pois ele deve atender, além dos interesses e expectativas individuais das partes (contidos nos deveres anexos), aos interesses coletivos.

37 MARQUES. *Contratos...*, p. 82-83.

38 *Ibidem*, p. 83-87.

39 Clóvis V. do Couto e Silva aponta que a boa-fé norteia o vínculo obrigacional, ao determinar “o que” e “o como” da prestação, ficando o interesse de cada contratante limitado ao do outro, por isso, esse princípio é um mandamento de consideração (SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatasky, 1976. p. 30).

40 NOVAIS, Aline Arquette Leite. *Breves Reflexões sobre a Eficácia atual da Boa-Fé Objetiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 30.

Reportando-se também aos deveres anexos, mas se referindo especificamente sobre esses como reflexos da cláusula geral da boa-fé esculpida no artigo 422, do novo Código Civil, Celso Marini⁴¹ assevera que essa cláusula tem o condão ético de impor às partes o respeito e a lealdade recíprocos. De tal reconhecimento, tem-se que, em todos os contratos, existem deveres anexos, tais como os de: informar, assistência e sigilo. O dever de informar é aquele através do qual nenhuma característica do produto pode ser negligenciada. O dever de assistência importa em comando normativo entre as partes, ante o negócio jurídico realizado, visando a consecução e fins previstos no contrato (fases pré, na execução e pós contratual). O dever de guardar sigilo em relação ao contratado decorre da premissa que os direitos da personalidade do contratante devem ser preservados.

Por direitos da personalidade do contratante, o autor citado antes⁴² aduz que são aqueles ligados à imagem e à honra, e como exemplo de violação a esses direitos (e, conseqüentemente, ao dever do sigilo), expõe a situação fática de quando uma empresa vende seu banco de dados contendo o cadastro de seus clientes a outra empresa, que deles se utiliza para propor novos negócios.

Caso ocorra o descumprimento de um dos deveres anexos, conforme Cláudia Lima Marques,⁴³ significa inadim-

plimento contratual, mesmo que parcialmente.

Nesse inadimplemento não está inserida a exigibilidade da culpa, podendo a parte prejudicada ingressar com a respectiva demanda, buscando indenização pelos danos sofridos ou, então, recorrer à medida judicial cabível em cada caso concreto.

Pela exposição feita acima, não resta dúvida de que o princípio da boa-fé objetiva, juntamente com a função social, trouxe uma nova visão aos contratos, impondo aos contratantes um dever de conduta, que deve ser observado em todas as fases do contrato (inclusive a fase após a sua conclusão), a qual é refletida nos deveres anexos. Assim, valendo-se das palavras de Cláudia Lima Marques,⁴⁴ o princípio da boa-fé significa:

uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.

Como expresso no citado artigo 422, além da boa-fé, os contratos devem atender à probidade.

O princípio da probidade é compreendido como um reforço ao princípio da

41 MARINI, Celso. *Algumas Considerações Importantes sobre os Contratos*. Disponível em <<http://www.irib.org.br/be/be.asp>> Acesso em: 05 mar. 2003.

42 MARINI. *Considerações...*

43 MARQUES. *Contratos...* p. 82.

44 *Ibidem*, p. 79-80.

boa-fé. Nesse mesmo raciocínio, Bierwagen⁴⁵ remete:

que a probidade, quando entendida como a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres, que são atribuídos ou cometidos à pessoa, nada mais é senão um dos aspectos objetivos do princípio da boa-fé. Nesse sentido, aliás, é válido mencionar as palavras de Alípio Silveira: A boa-fé objetiva pode ser definida, na esfera jurídica, como comportamento inspirado no senso da probidade, quer no exercício leal e não caviloso dos direitos e das obrigações que dele derivam, quer no modo de fazê-los valer e de observá-los, respeitando, em qualquer caso o escopo visado pelo ato jurídico, a harmonia dos interesses das partes e as exigências do bem comum.

Por derradeiro, a disposição desses dois princípios num único artigo (art. 422), leva a acatar a idéia de que ambos convergem e reforçam a exigência de um comportamento contratual no sentido de atingir os fins principais do negócio: o cumprimento das obrigações e, conseqüentemente, a satisfação dos interesses das partes; lembrando que o comportamento contratual exigido pelo Código atinge todas as fases contratuais.

5 PRINCÍPIO DA EQUIVALÊNCIA DAS PRESTAÇÕES

O princípio da equivalência das prestações busca preservar o equilíbrio entre os direitos e deveres das partes contratantes; eis que, durante a execução do contrato, poderão ocorrer circunstâncias que alterem o panorama verificado no momento da conclusão do contrato, tornando a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, rompendo assim o equilíbrio das prestações assumidas no contrato.

A partir da afirmativa acima, chega-se ao entendimento de que esse princípio somente é verificado quando se tratar de contrato cujas prestações se protraem no tempo. Em outras palavras, somente quando se tratar de contrato comutativo e de execução diferida (ou trato sucessivo) ou de execução continuada, não incidindo quando se tratar de contrato de execução instantânea.⁴⁶

Esse princípio tem sua essência articulada à teoria da imprevisão (antiga cláusula *rebus sic stantibus*), a qual, após a Primeira Guerra Mundial, quando o Estado começa a intervir na esfera privada, começou a tomar forças.⁴⁷

Com efeito, no Estado Liberal, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*

45 BIERWAGEN. *Princípios e regras...* p. 49

46 Contrato de execução diferida é aquele em que as prestações, dada a natureza do negócio, se estendem no tempo, como ocorre no contrato de locação de imóvel residencial, seguro, compra e venda a prazo; enquanto o contrato de execução continuada é aquele realizável em um só ato, sendo que as partes adiam o cumprimento de suas obrigações para um momento posterior à conclusão do negócio, como ocorre na compra e venda cuja entrega da coisa ocorrerá três meses após. Muitos doutrinadores, como Sílvio Rodrigues e Maria Helena Diniz, classificam os contratos como instantâneos e de execução diferida no futuro, ou como de execução imediata e continuada, não fazendo a diferenciação das espécies execução continuada e diferida.

47 Ratificando o ressurgimento da cláusula, Osvaldo de Carvalho Monteiro, comentando, em um artigo escrito em 1943, portanto, ainda sob fortes efeitos do período de guerra, sobre a

não tinha espaço, uma vez que não havia possibilidade de discussão judicial acerca da desproporcionalidade entre as prestações dos contraentes, posto que o contrato fazia lei entre as partes e, por isso, deveria ser plenamente cumprido.

Embora, antes da vigência da atual Constituição Federal, a doutrina e a jurisprudência brasileiras vinham reconhecendo a possibilidade da revisão contratual com base na cláusula *rebus sic stantibus* ou teoria da imprevisão.

Notadamente, após a vigência da Carta Magna, em 1988, através do princípio da isonomia (art. 5º) e da defesa do consumidor (art. 5º, XXXII e art. 170, V), aliada ainda a uma postura interventiva do Estado, a cláusula *rebus sic stantibus* ganhou forças, vindo a ser adotada pelo novo Código Civil, nos artigos 478 a 480.

É certo que, antes do novo Código Civil, a Lei 8.078/90, também fruto do contexto jurídico-social, trouxe às relações de consumo a possibilidade de revisar o contrato, ao dispor, no artigo 6º, V, o direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Quanto a esse artigo, a doutrina diverge se houve a adoção ou não da teoria da imprevisão ou cláusula *rebus sic stantibus*. Tal dúvida reside no fato de que a teoria da imprevisão exige, para sua aplicação, a ocorrência de acontecimentos supervenientes após a conclusão do contrato e que os mesmos sejam imprevisíveis e extraordinários, causando para uma das partes onerosidade excessiva e extrema vantagem para a outra.

aplicação da teoria da imprevisão no direito inglês, após a primeira Grande Guerra, utiliza um trecho de uma publicação daquele país, onde se constata o seguinte: “A imensa deslocação dos negócios produzidos pela grande guerra induziu, ou trouxe à luz, um outro desenvolvimento da doutrina que uma radical mudança de circunstâncias pode libertar um contratante de suas obrigações. Esse novo desenvolvimento é conhecido como a doutrina *frustration of adventure*. Quando, por exemplo, um contrato celebrado antes da guerra teve, por efeito da guerra, o cumprimento tornado ilícito, fisicamente impossível, ou exequível somente com um prejuízo ruinoso do devedor, as Cortes, em circunstâncias não muito bem definidas, exoneraram o devedor do cumprimento dessas obrigações. É uma extensão da doutrina de *rebus sic stantibus*, que se entendeu governar a aplicação dos tratados internacionais. É uma doutrina perigosa, mas quase inevitável em certos tempos.” (MONTEIRO, Osvaldo de Carvalho. Cláusula Rebus Sic Standibus. Revista Forense, Rio de Janeiro, v.49, n. 476, p. 242-255, abr.1943 p. 243).

O artigo inglês, mencionado pelo autor citado no parágrafo anterior, reflete o pensamento pós-guerra, uma vez que fora escrito no afã desse período. É interessante observar, no final do texto, a afirmação de que a teoria da imprevisão é uma doutrina perigosa, mas quase inevitável em certos tempos. Tal afirmativa decorre do choque entre a lei – no caso o princípio da obrigatoriedade dos pactos – e a realidade. Em outras palavras, a imutabilidade dos contratos não correspondia mais à realidade na qual se apresentava. O período pós-guerra alterou a economia dos países europeus, o que implicou na necessidade dos contratos serem revistos para adaptar-se à nova situação econômica; tornando-se, assim, inevitável a aceitação dessa teoria, embora perigosa, não havia outra solução.

Entendendo que o referido artigo não adota a teoria da imprevisão, Fabiana Rodrigues Barletta⁴⁸ expõe que:

a revisão contratual positivada no artigo objeto desta análise visa a restaurar o equilíbrio do contrato e tornar possível o alcance de sua finalidade objetiva. Neste sentido, este dispositivo recebeu influências da teoria da quebra da base objetiva de Larenz, avançando ainda mais por desconsiderar por completo a previsibilidade ou a imprevisibilidade das transformações, firmando-se, pois, no requisito objetivo da excessiva onerosidade superveniente. Por esta razão, pode-se dizer que o dispositivo em pauta contém positivada a “teoria da onerosidade excessiva”.

Também segue a mesma linha de raciocínio, Cláudia Lima Marques,⁴⁹ ao comentar que a norma do art. 6º do CDC

avança ao não exigir que o fato seja superveniente ou irresistível, apenas exige a quebra da base objetiva do negócio, a quebra de seu equilíbrio intrínseco, a destruição da relação de equivalência entre prestações, ao desaparecimento do fim essencial do contrato. Em outras palavras, o elemento autorizador da ação modificadora do Judiciário é o resultado objetivo da engenharia contratual, que agora apresenta a mencionada onerosidade excessiva para o consumidor, resultado de simples fato superveniente.

Realmente, dizer-se que o artigo 6º, inciso V, do CDC adotou a teoria da imprevisão seria ir de encontro ao sistema protetivo que envolve a figura do consumidor, pois seria exigir-lhe provas muito difíceis a serem produzidas – isto é, provas de cunho subjetivo quanto à previsibilidade e extraordinariedade. Por conseguinte, é de entender que tal dispositivo abriga a Teoria da Base Objetiva do negócio, sendo necessário auferir a excessiva onerosidade superveniente.

De forma diversa, o novo Código Civil, como já mencionado, adotou a teoria da imprevisão, ainda que questionável em alguns aspectos.

Para relembrar as conseqüências jurídicas advindas de tal teoria, pode-se dizer que a mesma proporciona: o desfazimento ou a revisão, via judicial, do contrato, desde que a prestação de uma das partes tenha se tornado excessivamente onerosa em face de fato imprevisível e extraordinário, recebendo a outra parte extrema vantagem.

É importante se frisar bem essas conseqüências: revisão ou desfazimento do contrato, uma vez que o novo Código Civil deixa margens de dúvida quanto às mesmas. Para detectar tal dúvida, basta rever o art. 478 que refere:

nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa,

48 BARLETTA, Fabiana Rodrigues. *A Revisão Contratual por Excessiva Onerosidade Superveniente à Contratação Positivada no Código de Defesa do Consumidor sob a Perspectiva Civil-Constitucional*. In: TEPEDINO, Gustavo (coord). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 300.

49 MARQUES. *Contratos...* p. 299.

com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

A partir desse dispositivo, pode-se extrair os seguintes requisitos, considerando-se que o artigo só prevê a possibilidade de resolução contratual: a) contrato de execução continuada ou diferida; b) a prestação de uma das partes torna-se excessivamente onerosa; c) e a prestação da outra extremamente vantajosa; e d) ocorrência da superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

Antes de serem tecidos comentários acerca dos aludidos requisitos, mister se faz levantar a seguinte questão: o artigo 478, ao não prever a possibilidade de revisão contratual, excluiu-a?

Como o cerne da teoria da imprevisão é possibilitar a revisão ou a resolução contratual, não parece que o dispositivo ora mencionado teve o condão de excluir a primeira hipótese. Ainda mais considerando que, se é possível a resolução, que é uma medida mais drástica, ao pôr fim à relação contratual, não haveria o porquê negar a via revisional que vem a viabilizar a continuação do contrato.

O princípio da função social, que é uma das principais alavancas para a implantação da nova ordem contratual de cunho social, também autoriza a entender pela aplicabilidade da hipótese de revisão contratual; pois, se o contrato deve atender a sua função social, havendo, assim, desajustes por forças estranhas às partes, não há como a justiça

negar o reaproveitamento (a revisão) do contrato, estabelecendo condições (obrigações) passíveis de serem cumpridas.

Ainda justificando a possibilidade revisionista, o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Assim, em face da omissão legal, nada mais justo do que aplicar-se o princípio da função social – o qual, pelo novo estatuto civilista, passou a ser regra jurídica – o que justifica ainda mais a viabilidade de revisão contratual.

Além disso, não se poderia conceber a idéia de que somente a parte beneficiária pode pleitear a revisão do contrato, conforme estabelece o art. 479, CC. Logo, se ao réu (considerando-o que seja a parte não prejudicada) foi-lhe concedida a via revisional, a mesma não poderia ser negada à parte prejudicada, sob pena de infringir o princípio constitucional da igualdade (ou isonomia).

Corroborando com esse mesmo pensamento, Bierwagen⁵⁰ alude que,

quanto à resolução do contrato como único para a onerosidade excessiva, observa-se que o art. 478 não prevê, expressamente, a possibilidade de revisão por fato imprevisível e extraordinário. Entendemos que, apesar desse silêncio desse dispositivo, não há razão para excluir tal possibilidade, notadamente em face da atual sistemática imposta pelo novo Código Civil. [...] Além disso, não se pode deixar de mencionar que a resolução é medida muitas vezes não desejada pela par-

50 BIERWAGEN. *Princípios e regras...* p. 71-72.

te prejudicada pela onerosidade excessiva, que preferiria dar continuidade ao contrato desde que reajustado a níveis razoáveis. Afinal, quando as partes firmam um contrato, é de pressupor que desejem dar-lhe integral cumprimento e, assim, alcançar a finalidade almejada [...] A partir disso não é difícil concluir que o advento de um acontecimento externo, não desejado, imprevisível e extraordinário não lhes retire o desejo de concluir as prestações estabelecidas no contrato, mas apenas deixam de querê-lo pelas novas condições que se interpuseram no curso de seu cumprimento [...].

Esboçada a crítica acima, retomam-se, agora, comentários em torno dos requisitos expostos no art. 478, CC. O primeiro requisito, que consiste na exigência de se tratar de contratos de execução continuada ou diferida, dispensa análise, tendo em vista que já foi objeto de explanação no início desse item.

O segundo requisito – onerosidade excessiva – consiste na alteração da obrigação de uma das partes durante a execução do contrato, decorrente de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, tornando-a um considerável sacrifício. Esse sacrifício corresponde à idéia de inviabilidade econômica na continuação do cumprimento da obrigação contratual. Veja-se um exemplo para tornar mais nítida essa idéia de sacrifício: um contrato de transporte firmado entre uma empresa de transporte e alunos residentes em determinada cidade que necessitam deslocarem-se para uma outra, em razão da queda de uma ponte existente no itinerário, exige que seja aumentado consi-

deravelmente o percurso. Tal fato ocasionará, sem dúvida, maiores custos à empresa contratante, pois exigirá gasto maior com combustível, manutenção do veículo, entre outros.

Outro exemplo ainda pode ser apontado: o contrato de empreitada mista a preço fixo, ficando acertado, no memorial descritivo da obra a utilização de determinado material, vindo tal material a desaparecer do mercado, fazendo com que o empreiteiro adquira um material similar, mas com o preço com um percentual de 40% mais caro do que o especificado no memorial. Embora seja da natureza desse contrato a inalteração do preço, não resta dúvida de que essa situação gera um sacrifício ao empreiteiro, pois no cálculo do custo total não havia previsão de gastos bem elevados com o determinado material.

O terceiro requisito – benefício exagerado para a outra parte contratante – vem a ser a vantagem patrimonial que uma parte recebe em razão do sacrifício da outra. O exemplo da queda da ponte reflete isso, pois, caso o preço do transporte não fosse reajustado, os alunos seriam beneficiados (pelo fato de serem transportados por um percurso maior) em face do sacrifício patrimonial a ser suportado pela empresa com o aumento do itinerário.

Contudo, nem sempre esse requisito se faz presente, uma vez que o fato da prestação se tornar excessivamente onerosa para uma das partes não significa que a outra seja beneficiada exageradamente. Imagine-se a seguinte situação, que é apresentada pela autora Bierwagen:⁵¹

51 BIERWAGEN. *Princípios e regras...* p. 70.

um pequeno empreiteiro do interior que se compromete a construir um único imóvel, e que, no curso do contrato, vê-se surpreendido pela dobra no preço do cimento na região, forçada pela presença de uma empreiteira que inicia a construção de um grande condomínio. A onerosidade excessiva experimentada pelo pequeno empreiteiro não se reflete em favor do dono da obra, que receberá o mesmo produto anteriormente contratado, não havendo dessarte, exagerada vantagem.

Com a observação feita no parágrafo anterior, entende-se que a falta de caracterização da vantagem exagerada não afasta a aplicação do disposto no art. 478, CC; eis que não se pode negar a via revisional ou resolutive sob o pretexto de não estar presente tal vantagem. Ademais não se pode negar solução a quem quer cumprir o contrato, mas se vê impedido por situação estranha à vontade das partes e que lhe cause um considerável prejuízo patrimonial.

E o último requisito é a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis supervenientes à conclusão do contrato. Esses acontecimentos se caracterizam pela impossibilidade das partes previrem-nos no momento do ajuste.

Vistos os requisitos, há que se destacar outro ponto questionável, o qual diz respeito ao art. 479, CC, que prevê a possibilidade de revisão contratual quando o réu oferecer proposta com o fim de modificar equitativamente as

condições do contrato. Desse dispositivo, lança-se a seguinte questão: oferecendo o réu proposta para modificar o contrato, poderá o juiz, considerando-a equitativa, modificar o contrato sem a concordância do autor?

Compreendendo-se que o art. 479 atribui ao juiz um poder revisionista, poderá, então, acolher a proposta do réu e modificar o contrato, obrigando o autor a cumprir o contrato nos moldes fixados pela sentença.

Oportunamente, pode-se questionar a seguinte situação: partindo-se do fato do autor ter ingressado com uma demanda pleiteando a resolução do contrato, poderá o juiz prolatar uma decisão que extrapola o pedido do autor, qual seja, a revisão e imposição de novas condições contratuais. Se agir assim, restará caracterizada uma decisão *extra petita*, ofendendo a matéria processual.

Contudo, não se pode compreender que ocorrerá uma irregularidade processual, pois o processo não pode (e não deve) estar desvinculado da nova ordem contratual que se estabelece. Aliás o processo é instrumento de aplicação do direito material, por isso aquele deve adaptar-se a este.

Como bem afirma Antônio Maria Iserhard:⁵²

o juiz não é mais a boca da lei, no dizer de Montesquieu, mas o criador do direito no caso concreto. Houve um deslocamento interpretativo, do legislador para

52 ISERHARD, Antônio Maria. *A Idéia de Sistema Jurídico e o Novo Código Civil*: uma contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do direito. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*, São Leopoldo, p. 281-294, 2001. p. 9-10.

o julgador. Para a aplicação do direito já não são suficientes os parâmetros interpretativos antropomórficos da vontade do legislador ou animista da vontade da lei, mas impõe-se uma nova visão sistêmica do direito.

Dessa forma, não se pode negar, a partir da nova visão que o direito vem assumindo (visão socializante), o poder revisionista do juiz, podendo este, com o intuito de manter a relação contratual, solucionar o caso concreto estabelecendo os novos critérios a serem observados pelas partes contratantes. Aliás, essa é a interpretação mais coerente com a sistemática do novo Código, pois o contrato deve atingir sua função social – o restabelecimento do contrato em nível de equiparidade entre as partes é cumprir com sua função social (!).

Por derradeiro, faz-se uma outra ponderação, a qual diz respeito ao art. 480, CC. Esse artigo prevê que, nos contratos unilaterais, a parte que tem o dever obrigacional poderá pleitear que sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Tomando-se o aludido artigo, detecta-se que, quando se tratar de contrato unilateral de execução continuada ou diferida, resta provar a onerosidade excessiva, não necessitando a exagerada vantagem. Além disso, o artigo proporciona a revisão ou a resolução do contrato. Assim, comparando com o art. 478, CC, percebe-se um nítido tratamento desigual, pois neste só há a previsão da resolução e há exigência da onerosidade excessiva e da extrema vantagem.

Em face de desigual tratamento, parece que não há um justo motivo para se

beneficiar os contratos unilaterais; por conseguinte o artigo 480 deve ser interpretado de forma a contribuir ao entendimento de que o art. 478 não excluiu a via revisional, como também permite a sua aplicação quando restar configurada a onerosidade excessiva e não restar caracterizada a vantagem exagerada, como no exemplo dado acima.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A visão liberal que conduzia a vida dos contratos, como todos os ideais liberais, começam a entrar em choque em razão do processo de industrialização ocorrido no final do século XVII e, especialmente, a partir do século XIX, quando surgem conflitos que ultrapassam a esfera do indivíduo; tornando o Código Civil insuficiente para tutelar esses novos conflitos. Também as grandes guerras contribuíram para a modificação do *status* social. Em razão desse contexto, começam a surgir as Constituições, elencando em seu corpo textual matérias que eram exclusivas do direito privado. Além disso, aparecem as leis especiais com o fim de regulamentar as novas relações jurídicas como também retirar as que já haviam sido previstas no Código Civil, mas que se mostravam insuficientes.

Como consequência da Constituição e das leis especiais, tem-se que o Estado passou a intervir na esfera privada, proporcionando a passagem de uma visão liberal do direito para uma visão social, onde o Estado assume o compromisso de garantir o equilíbrio nas relações efetivadas no mercado, como forma de realizar a justiça social. As-

sim, muda-se a concepção do que é justo na relação contratual, isto é, enquanto no Estado Liberal essa emanava da liberdade das partes – a liberdade gera a igualdade –, no Estado Social, essa está consubstanciada em proteger a parte mais fraca do vínculo, a qual é verificada caso a caso.

Essa intervenção do Estado é reconhecida como dirigismo contratual, eis que passa a dirigir, limitar a vontade das partes. Portanto, não se pode mais, hoje, falar que há a absoluta liberdade de contratar, nem mesmo em intangibilidade dos contratos.

Essa nova realidade jurídica vai levar a aplicabilidade da matéria contratual em observância aos novos princípios, quais sejam: princípio da função social, princípio da boa-fé objetiva, o princípio da probidade e o princípio da equivalência das prestações, entre outros.

Com efeito, esses princípios espelham uma nova fase, pois além de encontrarem-se expressos nessas legislações, eles impõem uma nova conduta contratual. As cláusulas gerais assumem um papel importantíssimo no Direito, pois permitem a abertura do sistema jurídico, ao viabilizar o enquadramento de um vasto número de situações de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento a uma solução jurídica. Ao contrário do que perfilhava no código liberal de 1916, onde, sob prevalência do casuísmo, não havia possibilidade de dar respostas aos novos conflitos.

A apresentação desses novos princípios, portanto, acarreta, sem sombra de dúvida, um desafio a todos os operado-

res do Direito, pois essa nova realidade implica necessariamente numa revisão dos conceitos até então postos no direito, a fim de que, efetivamente, possam ser concretizados os ideais de justiça social impostos por esses novos paradigmas.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Da Codificação: crônica de um conceito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A Revisão Contratual por Excessiva Onerosidade Superveniente à Contratação Positivada no Código de Defesa do Consumidor sob a Perspectiva Civil-Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 279-306.
- BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras dos contratos no Novo Código Civil*. São Paulo, 2002.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997.
- ELESBÃO, Elsit Collor. *Princípios Informativos das Obrigações Contratuais Cíveis*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6. ed. Lisboa: Calouste, 1983.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GILISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste, 2001.
- ISERHARD, António Maria. A Idéia de Sistema Jurídico e o Novo Código

- Civil: uma contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do direito. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS*, São Leopoldo, 2001, p. 281-294.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste, 1997.
- LEWICKI, Bruno. Panorama da Boa-Fé Objetiva. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e Direito Privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.) *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARINI, Celso. *Algumas Considerações Importantes sobre os Contratos*. Disponível em <<http://www.irib.org.br/belbe.asp>> Acesso em 05 mar. 2003.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MARTINS-COSTA, Judith. Crise e modificação da idéia de contrato no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 59, jan./mar. 1992.
- MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- _____. *O Direito Privado como um Sistema em Construção: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Disponível em <<http://www.jus.com.br>. Acesso em 19 fev. 2003.
- MONTEIRO, Osvaldo de Carvalho. Cláusula Rebus Sic Stantibus. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.49, n. 476, p. 242-255, abr. 1943.
- NALIN, Paulo. *Do Contrato: conceito pós-moderno*. Curitiba: Juruá, 2001.
- NOVAIS, Aline Arquette Leite. Breves Reflexões sobre a Eficácia atual da Boa-Fé Objetiva no Ordenamento Jurídico Brasileiro. In TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.
- SUNFELD, Carlos Ari. In: ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos e Princípios Constitucionais*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- TEPEDINO, Maria Celina B. M. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 65, jul./set. 1993.

Fungibilidade procedimental e litisregulação: o novo parágrafo 7º do art. 273*

Maurício Ferrão Pereira Borges**

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de reformas legislativas, principalmente na seara processual, é importante salientar o valor do estudo científico no crescimento da cultura jurídica. A prática forense, de fato, não pode prescindir de premissas conceituais básicas,¹ até porque estas, axiologicamente, precedem àquela. A onda de reformas no processo civil busca disciplinar, na maior parte das vezes, matérias insatisfatórias sob o ponto de vista prático.² O legislador, assim, pretende criar novos mecanismos para tornar o processo cada vez

mais efetivo e menos formalista. Indo ao encontro dessa idéia, este estudo visa a contribuir para a aplicação técnica dos mecanismos jurídicos na vivência cotidiana do direito, particularmente no que concerne ao bom emprego do novo parágrafo 7º do art. 273, dispositivo legal que regula o instituto da tutela antecipada.³

2 A FUNGIBILIDADE ENTRE PROCEDIMENTOS

O dispositivo em comento, o qual teve origem no anteprojeto nº 13,⁴ tem a seguinte redação:

* Este trabalho foi apresentado pelo autor no XIV Salão de Iniciação Científica da UFRGS.

**Acadêmico do Curso de Pós-Graduação em Direito da PUCRS.

1 A aplicação prática de conhecimentos técnico-científicos só pode ser feita mediante a incorporação, e constante observância, de premissas elementares, adquiridas a partir do estudo acadêmico-doutrinário.

2 MOREIRA, José Carlos Barbosa, com autoridade, aborda a questão da onda reformista a que o processo civil encontra-se acometido (*Reformas Processuais*. In Temas de Direito Processual: 7. série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 1-6).

3 Essa faculdade do legislador, de “antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial”, foi introduzida no sistema jurídico brasileiro pela Lei nº 8.952/94, sendo alterada com o advento da Lei nº 10.444/2002, objeto deste estudo.

4 O Projeto de Lei nº 3.476/2000, cujos relatores foram, na Câmara dos Deputados, o deputado Inaldo Leitão e, no Senado, o senador Bernardo Cabral, originou a Lei nº 10.444/2002.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Duas questões, com base nessa nova prescrição legal, intrigam o operador do direito, sendo forçosas, dessarte, as seguintes indagações: o que é fungibilidade procedimental? Qual é o sentido concreto da lei que a institui?

A possibilidade de o magistrado livrar-se das amarras formalistas e acomodar da melhor maneira possível os elementos do trinômio “tutela requerida, tutela concedida, procedimento”, chama-se, outrossim, fungibilidade procedimental.⁵ Há, em essência, uma superação, tanto das discussões existentes acerca das diferenças entre tutela cautelar e tutela satisfativa, como dos entraves postos pela doutrina com relação à exata natureza da proteção jurídica pleiteada. Essas divergências, conquanto acertadas, dificultam por demais a fluidez processual, haja vista que essa contenda, além de em nada contribuir para o desenvolvimento da atividade jurídica, obstaculiza por demais a prática forense. Nesse sentido, a Lei 10.444 permite não apenas que um equívoco

formal, havido por pedido mal formulado, possa ser suplantado pela necessidade urgente do autor em ver direito ou interesse seu escudado antecipadamente, mas cria, igualmente, um novo caminho para a concessão de medidas acautelatórias: o provimento cautelar por meio de decisão interlocutória.

Admitindo-se a fungibilidade entre tutela antecipada – de natureza satisfativa – e tutela cautelar – de caráter assecuratório –, tem-se, a partir de agora, a seguinte situação: em uma ação de rito ordinário em que o conflito recai sobre o próprio bem, o autor, no transcurso da demanda, peticiona ao juiz requerendo, em sede de tutela antecipada, o seqüestro da própria *res* litigiosa – medida essencialmente cautelar. Se essa hipótese, contudo, ocorresse antes da vigência da Lei 10.444/2002, o julgador deveria indeferir o pedido, uma vez que proposto em via inadequada. Haveria, pois, a necessidade da instauração de um procedimento autônomo, apartado. Essa improcedência causaria enorme prejuízo ao requerente, na medida em que a solicitação do auxílio estatal deveu-se, exclusivamente, à necessidade urgente de uma providência que assegurasse o futuro da demanda, resguardando, assim, o objeto da controvérsia. Eis, portanto, o objetivo concreto da referida lei: tutelar o

Foi, porém, o anteprojeto nº 13, patrocinado pela Escola Nacional da Magistratura e pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (estes coordenados pelos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, respectivamente), entretanto, quem deu o primeiro passo para a reforma setorial efetivada no CPC.

5 Essa expressão deriva do latim, *res fungibilis*, sendo concebida, na linguagem jurídica, como a substitutibilidade de uma coisa por outra, sem alteração do seu valor. Em outras palavras, goza da qualidade de fungível aquele procedimento que, por lei, é passível de ser substituído por outro, mesmo que de natureza diversa. Essa definição, sem dúvida alguma, mexe com a estrutura de um conceito de direito material, objetivando, com isso, tornar o processo cada vez mais efetivo.

objeto litigioso em face de seu estado periclitante.

3 A IMPORTÂNCIA DA QUESTÃO TERMINOLÓGICA

Precisão terminológica. Este é o melhor caminho para o crescimento científico do Direito. Saber interpretar as definições legais com proficiência é uma necessidade imperiosa de todo jurista, no entanto, essa atividade pode, e deve, ser simplificada em sua nascente, isto é, no ato de elaboração das normas.

Direito e linguagem, mais do que semelhantes, são ramos que se confundem. A expressão “tutela antecipatória”, nesse contexto, é uma locução que, além de inadequada gramaticalmente, é fruto de engenhosidade que violenta o vocabulário jurídico puro. O Código de Processo Civil, se pode afirmar, em lugar algum utilizou essa expressão, a qual não passa de teratologia doutrinária. A proteção dispensada ao litigante (tutela) não pode figurar como sujeito, senão como objeto da antecipação.⁶ A tutela não antecipa coisa alguma, o que é antecipada, gize-se, é a própria tutela. O direito positivo está correto ao prever que o juiz poderá antecipar os efeitos da proteção jurisdicional,⁷ exatamente porque a expressão tutela antecipada significa que o auxílio estatal

será antecipado, e não o contrário. Eliminando qualquer hipótese de dúvida, Adroaldo Furtado Fabrício cunhou a seguinte frase a respeito da tutela antecipada: “Sim, antecipada, e não antecipatória: antecipatório é o provimento judicial correspondente”.⁸

Barbosa Moreira, por sua vez, versando acerca da importância da questão terminológica, diz que “Está claro que o ponto não interessa a quem não dê importância à terminologia – a quem suponha, digamos, que em geometria tanto faz chamar triângulo ou pentágono ao polígono de três lados, e que em anatomia dá na mesma atribuir ao fígado a denominação própria ou a de cérebro... Mas – digamos com franqueza – tampouco interessará muito o que esses pensem ou deixem de pensar.”⁹ Ao Direito, e em especial ao Processo Civil, muito interessa que os conceitos sejam mais restritivos, mais fechados e menos ambíguos, de sorte que um instrumento claro é mais efetivo, principalmente porque a celeridade do processo está diretamente ligada à sua efetividade.

4 TEMPORARIEDADE X PROVISORIEDADE

Um exemplo clássico, elaborado à inteligência de LOPES DA COSTA, traz à tona a distinção conceitual havida entre *temporiedade* (aspecto intrínseco

6 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Antecipação da Tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de Processo*, v. 27, n. 26, out./ dez., 2001, p. 101-102.

7 Art. 273, CPC.

8 FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves Notas sobre Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares. *Ajuris*, v. 23, n. 66, mar., 1996, p. 14.

9 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Exceção de Pré-Executividade: uma denominação infeliz. *Temas de Direito Processual Civil*: 7. série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 121.

às cautelares) e *provisoriamente* (elemento exclusivo da antecipação satisfativa da tutela de mérito). Estes conceitos, ademais, se aplicam perfeitamente ao problema aqui versado. Eis o exemplo:

“Temporário”, em verdade, é o que dura determinado tempo.

“Provisório”, porém, é o que, por algum tempo, serve até que venha o “definitivo”. (...) Os andaimes da construção são ‘temporários’. Ficam apenas até que se acabe o trabalho no exterior do prédio. São, porém, definitivos no sentido de que nada virá a substituí-los.

Já, entretanto, a barraca onde o desbravador dos sertões acampa, até melhor habitação, não é apenas temporária, é provisória também.¹⁰

Ao traçar esse brilhante paralelo na distinção entre as medidas urgentes, Lopes da Costa jamais imaginaria que sua obra estaria quase que se perpetuando no tempo, uma vez que o paradoxo entre providências satisfativas e cautelares ainda é latente, malgrado a tendência em superá-lo tenha sido consolidada pela nova lei. “O provisório é sempre trocado por um definitivo”...¹¹ de mesma natureza. Assim, se justificam os exemplos daquele autor, tendo em vista que o desbravador aludido arma a barraca com o intuito exclusivo de fazer dela o seu lar (provisório), enquanto ainda

não tenha condições de construir uma casa mais confortável (definitiva), que terá a mesma natureza da primeira (a moradia). A substituição na habitação é iminente, porquanto a pretensão do desbravador é construir um lugar para morar. Se é a urgência que o faz habitar algo provisório até que seja providenciado o definitivo, então, na medida do possível, a sua ambição está sendo satisfeita.

A temporariedade dos andaimes, em contrapartida, contém um elemento definitivo, uma vez que eles não serão substituídos ao final da construção, serão, isto sim, retirados, simplesmente porque se esgotam em si mesmos. Estes se prestam, unicamente, para que seja finalizada a fachada do prédio,¹² não possuindo, evidentemente, natureza similar à da própria construção.

Os provimentos cautelares devem, conseqüentemente, ser temporários, tanto no plano jurídico – evitando, assim, os efeitos da coisa julgada – como em seus efeitos fáticos – afastando a hipótese de dano irreparável ao demandado no caso da perda da eficácia da tutela cautelar, isto é, na hipótese de que a sentença definitiva venha a ser im procedente. Enfim, quando a sentença satisfaz (realiza) o direito, não limita a dar-lhe simples segurança, estando justamente aí a distinção-mor havida entre os verbos acautelar e satisfazer.¹³

10 LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Medidas Preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, p. 15-16.

11 Ob. cit., p. 15.

12 Sem estes não será possível fazer o acabamento externo do prédio e, conseqüentemente, perecerá toda a obra.

13 Sobre o assunto, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A., *Do Processo Cautelar*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 86-93.

As distinções entre essas espécies¹⁴ de provimentos judiciais, todavia, param por aí. A preocupação dos operadores do direito está direcionada a questões que visem a facilitar o manuseio do processo, já que este, por definição, consiste em instrumento daquele, devendo, portanto, ser o mais simples possível. A eficácia nas decisões encontra-se intimamente ligada à celeridade e à efetividade do processo, conformando-se ela tão mais justa, quanto mais rápida for a prestação jurisdicional, resguardadas, é claro, as garantias das partes em juízo. Questões meramente acadêmicas, que não fortalecem a ciência do Direito, nem contribuem a sua prática, não têm mais razão de existir e, por isso, devem ser desprezadas.

Discutir qual é a exata natureza jurídica da ação proposta significa obstaculizar o processo com problemática de somenos importância. A fungibilidade de procedimentos vem a esse encontro, uma vez que desavenças antes exaltadas, agora são inócuas. Salienta-se nesta altura do texto uma particularidade que, se bem entendida, propicia um pleno entendimento do que realmente é importante na seara das medidas antecipatórias: a regulação fática do litígio, quer por decisão judicial, quer por obra da vida em si. Não interessa ao magistrado se a medida é cautelar ou é satisfativa, ou se a

via adequada de sua propositura é essa ou é aquela, importa sim que, enquanto não há uma decisão definitiva que ponha fim ao conflito, a situação de fato deve ser regulada interinamente, com ou sem provimento antecipado. Esse ínterim chama-se litisregulação temporária ou provisória.

5 A REGULAÇÃO PROVISÓRIA DA LIDE

José Maria Rosa Tesheiner, em sua obra *Medidas Cautelares*,¹⁵ pôs em evidência no Brasil, pela primeira vez, a idéia da *litisregulação*, como regulação provisória da lide. Justificando sua tese, o autor destaca que:

Durante o processo de cognição, não se pode aplicar o direito material, exatamente porque se ignora a sua incidência. A própria execução, embora fundada em título executivo, pode vir a ser declarada inadmissível (...) Contudo, a relação interpessoal posta ante o juiz exige disciplina jurídica, mesmo na pendência da dúvida ou antes de iniciada a execução (...) O poder de regular a relação *sub judice*, enquanto não sobrevém o julgamento ou a execução, está de certa forma contida no poder de julgar e de executar. Mas não se trata, aí, de aplicar o direito material, cuja incidência se ignora. Por isso, esse direito, que o juiz aplica enquanto pende ou não se instaura o processo (principal), não pode ser processual.¹⁶

14 A doutrina tradicional, anterior ao advento da tutela antecipada, considerava medidas cautelares e antecipatórias como espécies do gênero cautela.

15 TESHEINER, José Maria Rosa. *Medidas Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974.

16 TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 157.

Essa proposição resume-se à resposta da seguinte pergunta: tendo em vista que há urgência no pedido e o direito material não pode ainda ser aplicado,¹⁷ como é que fica o conflito? A relação do objeto litigioso com as partes permanece como está?

O novo texto processual veio a tornar praticamente irrelevantes as distinções formais havidas entre medidas cautelares e antecipatórias. A confusão na seara do processo, até então, era grande: processo, procedimento, ação, medida, provimento... satisfação, assecuração, antecipação... enfim, uma infinidade de terminologias acabaram por afligir o “homem do Foro”, dificultando em muito o seu trabalho.¹⁸ O que importa agora,¹⁹ de fato, é a necessidade de uma regulação passageira – provisória ou temporária – da lide, tendo por fito proteger o direito ou interesse litigioso durante o transcurso do processo.

Há, evidentemente, um intercurso temporal entre o ajuizamento da demanda e a obtenção de um resultado que componha definitivamente o conflito – entre o início e o fim do processo. Nesse período, o objeto em disputa não permanece desprotegido, sem regulação, visto que a lide é ajustada transitoriamente, seja por provimento específico (satisfativo ou cautelar), seja pela ausência de medida protetiva à pretensão do autor. Ressalta-se que a lide também estará regulada “de forma efêmera” se for mantida a situação de fato, tal qual se encontrava anteriormente à propositura da ação. Os fatos não esperam pelo direito e, por conseqüência, mesmo na ausência de provimento judicial, os acontecimentos da vida concernentes ao litígio estarão, de algum modo, acertados.

17 A aplicação do direito material deve aguardar o encerramento do processo, justamente porque, no Brasil, o sistema positivo de direito veda a chamada “justiça pelas próprias mãos”. O Estado, proibindo a autotutela, arrega a exclusividade na dissolução dos conflitos havidos em sua jurisdição, pretendendo, do ponto de vista social, realizar o direito objetivo no caso concreto e pacificar a sociedade com justiça (Antônio Carlos de Araújo Cintra et al. *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 20-28/132-134). Sob a ótica política, o processo representa, para o cidadão, a suprema garantia da sua liberdade, da sua vida e dos seus bens (Vicente Greco Filho. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1, p. 6). Aprofundando mais ainda o assunto, Cândido Rangel Dinamarco. *A Instrumentalidade do Processo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 182-272.

18 “Este escrito (...) É sobretudo o resultado da observação e das preocupações de um homem do Foro. Tem o exclusivo sentido de uma provocação aos especialistas para que repensem o tema e procurem uma definição mais clara dos lindes entre a cautela e a tutela antecipada, não em termos meramente doutrinários, mas nos que sejam capazes de solucionar o problema concreto com o qual se depara e se aflige o profissional do Direito” (Adroaldo Furtado Fabrício. *Breves Notas sobre Provimentos Antecipatórios, Cautelares e Liminares*. *Ajuris*, v. 23, n. 66, mar., 1996, p. 6).

19 A importância da litisregulação é tema que há muito interessa na doutrina gaúcha, pois José Maria Rosa Tesheiner por ela propugna desde o início da década de 70 (vide *Medidas Cautelares*, primeiramente, e, 20 anos após, *Elementos para uma teoria geral do processo*. Salienta-se que ambas as obras encontram-se disponíveis para *down load* no site www.tex.pro.br).

Os procedimentos cautelares *por via autônoma* tendem, aos poucos, senão a desaparecer, a serem bem menos utilizados. Haverá, no lugar destes, processos preparatórios com pedido de litisregulação temporária ou provisória – mediante provimento de natureza cautelar ou antecipada – bem como processos com pedido de regulação definitiva da lide. Na primeira hipótese, os efeitos obtidos pela medida cautelar, autonomamente pleiteada, serão alcançados, desde já, por meio mais eficiente: o provimento interlocutório. Na segunda hipótese, ocorrerá, eventualmente, uma situação outrora inadmitida no direito positivo em virtude de apego exagerado ao formalismo: a possibilidade de obtenção de medida de simples segurança incidente ao processo “principal” (de conhecimento ou de execução). Uma vez que possui natureza litisreguladora, essa providência, voltada à produção de efeitos nos planos jurídico e factual, será deferida no curso do próprio processo, incidindo sobre ele, sem mais haver a necessidade de ingresso em via independente.

6 A VISÃO DE FRANCESCO CARNELUTTI CONTRAPOSTA À DE JOSÉ MARIA ROSA TESHEINER

Ambos os autores, em que pese partindo de premissas distintas, chegaram ao conceito de regulação provisória da lide estudando as medidas cautelares.

CARNELUTTI,²⁰ apesar disso, desistiu da idéia, justamente porque não conseguia explicar como e porque a regulação provisional da lide poderia ser útil à composição definitiva do litígio.²¹ A lide é regulada provisória ou temporariamente porque assim ela sempre o deve ser. Note-se que, se a regulação não é definitiva, feito que só ocorre após cognição exauriente ou ato de jurisdição voluntária, ela é temporária ou provisória. Não há como ser diferente, o entendimento em contrário esbarra em uma inviabilidade fática.

TESHEINER sustenta que seu entendimento, em essência, é diverso do entendimento do catedrático italiano: “O que Carnelutti não viu é que há *sempre* regulação provisória da lide, ainda que ninguém pretenda cautela. A idéia de *litisregulação* aponta para essa realidade de duas faces. Assim, quando, para determinado caso, a lei prevê o seqüestro, há regulação provisória da lide; mas também há regulação provisória da lide se a lei nega o seqüestro. Existe porque não poderia não existir. Assim, na ação de alimentos existe litisregulação, quer sejam, quer não sejam devidos alimentos provisionais. Para que não houvesse litisregulação seria necessário que esses alimentos fossem, ao mesmo tempo, devidos e não devidos”.²²

A noção histórica da formação do instituto denominado *litisregulação*, nomenclatura elaborada pelo professor brasileiro, é de cunho relevantíssimo

20 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1939, v. 1, p. 205-214.

21 CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Nápoles: Morano, 1958, p. 356.

22 TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*, p. 156.

para fins deste trabalho, exatamente porque o novo parágrafo 7º do Art. 273 faz incorporar no CPC conceito já, inclusive, esmiuçado doutrinariamente. Carnelutti, ao abandonar a idéia da regulação provisional da lide, o fez por entender que o processo principal – de conhecimento ou de execução – era o único instrumento capaz de resolver a lide definitivamente.²³ A idéia de um arranjo provisório, no entender do ilustre processualista, não merecia ser levada a diante, devendo ser desconsiderada. Esse entendimento foi muito combatido na própria doutrina italiana, sendo considerado, nesse contexto, como uma falsa proposição. A esse respeito, Andrea Proto Pisani afirma que “os provimentos cautelares (...) são idôneos a ditar uma disciplina definitiva à relação controvertida...”²⁴ e, por isso, podem alterar de maneira definitiva a realidade dos fatos. A incorreção no abandono do instituto se mostra evidente pela simples razão de que a lide, com ou sem provimento jurisdicional, será sempre regulada factualmente, satisfeito ou não o pedido, até porque, se a regulação não é definitiva, ela, obviamente, é provisória... ou temporária.

7 A REFORMA PROCESSUAL E A PLURALIDADE DE INSTITUTOS PARA O MESMO FIM

Desde a sua construção, o Código de Processo Civil brasileiro sofreu muitas influências externas, de várias origens. Como resultado, no transcorrer de seu texto, foram adotados institutos dos mais variados sistemas processuais, dentre os quais encontram-se: o Direito português, o italiano, o alemão, o austríaco, o espanhol, além de outros da própria América Latina. O CPC, com isso, tornou-se riquíssimo em medidas para o mesmo suporte fático. Essas podem ser exemplificadas a partir das chamadas cautelares específicas, tais como: o arresto, o seqüestro, o arrolamento de bens e a busca e apreensão – todas elas são, igualmente, medidas específicas, típicas e nominadas.

Tem-se, da mesma forma, na seara procedimental, uma superposição de institutos para o mesmo fim. Tanto as medidas cautelares, como a antecipação de tutela e, mesmo, as tutelas de urgência, satisfativas autônomas ou cautelares atípicas, são instrumentos que se prestam para medidas fáticas semelhantes. A prá-

23 CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Nápoles: Morano, 1958, p. 355-356. Tratando acerca das finalidades do processo cautelar, o autor considerou aquele um processo contencioso diferente dos de cognição e execução, pois seu escopo não seria a composição da lide, nem seu efeito o *accertamento* de uma relação jurídica. O problema encontrado foi que o processo cautelar, embora contencioso, deixaria subsistir a lide e, com o intuito de desvendar essa problemática, abandonou a idéia aqui abordada, uma vez que esta não seria idônea a resolver o problema levantado “*in quanto si limita a definire, e non precisamente, il suo effetto, escludendo que metta capo al giudicato, ma non chiarisce il suo fine, cioè non lascia intendere come e perchè una composizione provvisoria della lite sia tuttavia utile alla sua composizione definitiva*”.

24 “... i provvedimenti cautelari, invece, stante la loro provvisorietà, sono idonei a dettare una disciplina definitiva al rapporto controverso...” (*Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Nápoles: Jovene, 1994, p. 655).

tica da atuação em juízo comprova que, na maioria das vezes, a autonomia do processamento cautelar acarreta uma superfetação, isto é, em uma sobreposição infrutífera de processos. Essa autonomia, a despeito da previsão legal de que o processo secundário marcha independentemente do principal, muitas vezes desaparece. A fim de evitar decisões contraditórias, os magistrados preferem julgar ambos os processos, principal e cautelar, juntos, se tanto, pois pode acontecer deste nem ser julgado, resumindo-se a autonomia cautelar ao provimento interlocutório. Nesse esteio, fazer com que o autor proponha duas ações apartadas, as quais poderiam ser reunidas em um só processo, além de dispensável, atenta ao bom-senso jurídico.

A finalidade da reforma legislativa aqui comentada é tutelar a situação de urgência cotidiana, quer pela via cautelar, quer pela via antecipatória, privilegiando-se, dessa maneira, mais a finalidade do ato do que propriamente a sua forma processual ou procedimental.²⁵ O intuito do legislador, ao elaborar o dispositivo em comento, foi o de contemplar a sistemática processual com a chamada fungibilidade de procedimento, razão pela qual, além de valorizar a técnica da economia processual, evita que a parte tenha de reque-

rer, em novo processo, medida cautelar adequada ao caso.²⁶

Em resumo, a nova legislação, graças ao desprendimento de formalidades que obstaculizavam o processo, oferece mais alternativas aos práticos do direito. Um sistema que admite a litisregulação por decisão interlocutória, o qual dispensa a necessidade de processo específico, é um sistema melhorado, mais ajustado à realidade dos fatos.

8 CONCLUSÕES

Para o bem do conhecimento científico, a valorização doutrinária-conceitual deve ser estimulada, tanto em nível de academia, quanto na própria vida prática do Direito. Este é, talvez, um dos maiores acréscimos que a doutrina germânica tenha trazido ao país: a sistematização dos institutos jurídicos, distinguindo cada qual dentro de suas respectivas naturezas jurídicas e funções estruturais, sem esquecer, ademais, de conceber o ordenamento jurídico como um todo.

A lei nova, ao mesmo tempo em que permite a fungibilidade procedimental, abrindo ensanchas para o julgador transformar um pedido de tutela antecipada, mal formulado, em medida cautelar incidente ao processo principal, agiliza a prestação jurisdicional, livran-

25 RABONEZE, Ricardo. Antecipação de Tutela: as modificações introduzidas pela Lei nº 10.444/02. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 18, jul./ago., 2002, p. 135.

26 Projeto de Lei nº 3.476/2000, art. 1º, alínea “c”. Esta cláusula constante no voto do relator Inaldo Leitão, expõe os motivos pelos quais inseriu-se, no art. 273 do CPC, o parágrafo 7º: o qual versa, cumpre referir, acerca da criação de medida cautelar incidente ao processo principal, recepcionada em virtude da fungibilidade procedimental agora adotada. O pedido (insubsistente) de tutela antecipada é desconsiderado e, pelo magistrado, transformado em proteção cautelar, não satisfativa, mas meramente assecuratória.

do o processo das amarras do formalismo exacerbado.

O legislador foi muito claro no seu intento, arrazoando que o aditamento legislativo que ora se procede, dá-se em função exclusiva da pressão que o tempo exerce no processo,²⁷ cumprindo lembrar, oportunamente, a máxima cunhada por Eduardo Couture: “*En el proceso el tiempo es algo más que oro: es justicia*”.²⁸ O sistema jurídico-processual, ajustando-se ao constante avanço econômico, político, social e até mesmo cultural, adapta a via procedimental à pluralidade de instrumentos que, tendo desideratos comuns, truncam o processo, retardando consideravelmente o acertamento definitivo da relação jurídica controvertida.

Conclui-se, portanto, que a satisfação do direito ou interesse litigioso deve ser facilitada, tanto por parte dos magistrados, como pelo amparo da lei. A legislação processual avança a cada dia no sentido de ajustar o plano jurídico à dinâmica da vida. É chegado o momento em que o rigor formal, conhecido como formalismo extremado, deve ser, aos poucos, banido do mundo jurídico, pois inoportuno, inadequado e, acima de tudo, atentatório à atuação profissional dos operadores do Direito.

9 REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Reformas Processuais*. In Temas de Di-

reito Processual: 7. série, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Exceção de Pré-executividade: uma denominação infeliz*. Temas de Direito Processual Civil, 7ª série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Antecipação da tutela: algumas questões controvertidas. *Revista de Processo*, v. 27, n. 26, out./ dez., 2001.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, 1939, v. 1.

_____. *Diritto e Processo*. Nápoles: Morano, 1958.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria Geral do Processo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COSTA, Alfredo Araújo Lopes da. *Medidas Preventivas: medidas preparatórias – medidas de conservação*. 3. ed., São Paulo: Sugestões Literárias, 1966.

COUTURE, Eduardo. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Montevideo, 1945.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo, RT, 1997.

DINAMARÇO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Breves notas sobre provimentos antecipatórios, cautelares e liminares. *Ajuris*, v. 23, n. 66, mar. 1996.

27 A esse respeito, para maior aprofundamento, ler CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997. Esse autor reporta em seu texto, a exemplo da p. 17, a idéia de que “entre os acontecimentos da natureza que mais inquietam o homem centra-se o fenômeno *tempo*”.

28 COUTURE, Eduardo. *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*. Montevideo, 1945, p.37.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Nápoles: Jovene, 1994.

RABONEZZE, Ricardo. Antecipação de tutela: as modificações introduzidas

pela Lei nº 10.444/02. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, n. 18, jul./ago. 2002.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Medidas Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 1974.

_____. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.

Do instituto da *suppressio*: em perspectivas tradicional e contemporânea

Miguel Augustin Kreling*

INTRODUÇÃO

A *suppressio* é um neologismo felizmente cunhado por Menezes Cordeiro com a finalidade de exprimir, de uma forma desprovida de preconceitos e em substituição da tradução usual por “caducidade”,¹ a idéia designada *Verwirkung* no Direito alemão. Ela consiste sumariamente na perda de um direito pelo seu não-exercício prolongado, sob certas circunstâncias, exigida pela boa-fé objetiva.²

Ela tem origem jurisprudencial. Suas raízes mais profundas encontram-se em casos relativos a vendas de ofício, em benefício do comprador, julgados pelo então *Reichs-Oberhandelsgericht*³ (ROHGE).⁴

Uma primeira decisão clara de *suppressio* – do Rohge, de oito de abril de 1873 – não trata, contudo, de vendas de ofício. Trata do seguinte: o comprador, num contrato de fornecimento, reclama ao vendedor da má qualidade do produto recebido; este envia-lhe uma carta requerendo provas concretas dos defeitos alegados e, até o seu levantamento, decide suspender o fornecimento; o comprador cala-se e, passados dois anos, exige a execução do contrato nos termos acordados; perante tais fatos, o Rohge decide que essa conduta é completamente inconciliável com a boa-fé assim como é requerida no tráfico comercial.⁵

* Acadêmico da Faculdade de Direito da UFRGS.

1 Cf. NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 185.

2 *Ibidem*, p. 185.

3 Supremo Tribunal Comercial do Reich (tradução livre).

4 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 798-810.

5 ALEMANHA. ROHGE: 8 abr. 1873, ROHGE 9 (1873), 406-413 (412) apud CORDEIRO, op. cit. p. 799.

Quatro anos volvidos, acha-se uma segunda decisão judicial referente a esse tema, cujo relator arrisca-se a tecer ineditamente as suas linhas gerais:

O exercício de um direito contratual pode ser limitado no tempo, quando tal limite derive da consideração da boa-fé e da natureza das coisas, sempre que o exercício retardado desse direito contratual conduzir a uma desvantagem injustificada para a outra parte.⁶

O primeiro tratamento doutrinário à *suppressio* foi dado, na década de 1930, por Endemann e Krause, os quais teoricamente lhe reconduziram não à boa-fé, mas sim ao *Verschweigung* – instituto germânico medieval que se pode traduzir por “silenciamento”. Segundo esse instituto, aquele que, tendo um direito seu estorvado por outrem, calar-se “durante ano e dia”,⁷ não poderá mais reclamá-lo; assim se verificava na usucapião. Uma vez que a jurisprudência manteve-se indiferente a tal construção – negando à *suppressio* qualquer laço cultural e dogmático e justificando-a mediante recurso exclusivo à *bona fides* – ela é de interesse estritamente histórico.⁸

O caos econômico e a hiperinflação que marcaram o período entre a Primeira e a Segunda Guerra Mundial desempenharam um papel crucial à consagração da *suppressio*. Em tais condições, o exercício retardado de direitos contratuais poderia desencadear efeitos ruinosos à contraparte. Além disso, a construção jurisprudencial do direito de valorização monetária, derivada da boa-fé como instrumento indispensável ao tráfico jurídico em contextos fortemente inflacionados, vinha sendo aplicada com excessos manifestamente injustos. Fazia-se necessário aos aplicadores do Direito “prescrecionar” – também pela boa-fé, já que a legislação se omitia a esse respeito – o direito do credor de pedir, para compensar a depreciação monetária, o reajustamento do seu crédito, pois o seu exercício retardado poderia causar desvantagem intolerável ao devedor. Nesse contexto, especialmente na tentativa de modular a valorização monetária, constatou-se a importância social do que se pode designar “extinção de direito por exercício contrário à boa-fé”.⁹

O Direito Comercial (como dos casos supramencionados), pela sua maior escassez de regras de prescrição e decadência, foi, diferentemente de outros ramos do Direito, campo fértil ao progresso da *suppressio*. Esta, acompanhando o alargar sofrido pela boa-fé, difundiu-se, embora já com mais dificuldades, também para outras áreas. Primeiramente o fez ao Direito da concorrência e do trabalho; mais tarde, alastrou-se pelo Direito privado e infiltrou-se até mesmo nos Direitos processual e público. Por fim, concentrou a sua atividade nas esferas de maior dinamismo econômico.

6 CORDEIRO, op. cit., p. 800 ALEMANHA. ROHGE: 20 out. 1877, ROHGE 23 (1878), 83-87 (83 e 85).

7 Ibid., loc. cit.

8 CORDEIRO. *Da Boa-Fé...*p. 800-801.

9 Ibid., p. 801-802.

co:¹⁰ Direito da concorrência (marcas e patentes); setores de transição, v.g., Direito autoral; áreas jurídicas de elevada sensibilidade social, v.g., locação; setores de relacionamento difícil, v.g., relações emergentes da Segunda Guerra Mundial, do imediato segundo pós-guerra e envolvendo nações do bloco soviético.

Apesar dessa grande difusão da *Verwirkung*, aquela não se deu sem críticas. Os negativistas acusavam-na de, em nome da justiça material, suscitar inseguranças insuportáveis. Eles, no entanto, não resistiram ao impulso jurisprudencial que acabou por consolidar a *suppressio*, de tal forma a evitar que se restringisse a zonas restritas do Direito.¹¹

Houve também tentativas, posto que sem sucesso, no sentido de desfigurar essa figura jurídica. Alguns autores defendiam que, quando do não-exercício de direito contratual, defluiria de seu titular uma declaração volitiva de renúncia, cuja vinculatividade (do tipo negocial) impediria uma atuação posterior.¹² Entretanto, a ausência de elementos tais como forma, consentimento e circunstâncias negociais – essenciais a qualquer manifestação de vontade socialmente vista como destinada à produção de efeitos jurídicos¹³ – tornava tal doutrina facilmente refutável.

A partir da década de 1970, porém, a *suppressio* passou a ser, quase que unanimemente, reconduzida, pela doutrina, na esteira da jurisprudência, ao princípio da boa-fé. Isso se conserva, cada vez mais consolidado, ainda hoje.¹⁴

Por outro lado, da boa-fé objetiva à sua recondução ao abuso de direito, a *Verwirkung* percorreu um longo caminho – por vezes, polêmico – mediado pela *exceptio doli e venire contra factum proprium*.¹⁵

É justamente esse último passo dado pela *suppressio* – que a faz identificar-se com o abuso de direito – que, pela sua artificialidade, pretende-se, com esta pesquisa, investigar.

Um instituto de tal relevância à justiça substantiva – a *suppressio* – não pode permanecer sendo obscuramente reconduzido à categoria do abuso de direito, sem que para tanto se aduzam sólidos sustentáculos justificativos, sob pena de ser, de outra forma, o seu espírito desvirtuado. Desse modo, se se tivesse de estatuir uma pergunta inicial que motivara e impulsionara esta pesquisa, apesar do interesse pelo estudo da *Verwirkung* em si, ela seria: a *suppressio* pode enquadrar-se dentro da categoria do abuso de direito?

Em razão da necessidade de restringir-se o campo no qual se procederá essa pesquisa, a *suppressio* será inves-

10 CORDEIRO. *Da Boa-Fé...*, p. 802-805.

11 *Ibid.*, p. 805-806.

12 *Ibid.*, p. 807.

13 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 120.

14 CORDEIRO, *op. cit.*, p. 807-809.

15 *Ibid.*, p. 807-810.

tigada apenas enquanto for aplicável ao Direito privado.

A metodologia empregada é a comparativa, a partir da técnica de pesquisa bibliográfica.

A partir da análise dos pressupostos tradicionais e dos aspectos ainda não tão consagrados deste instituto, pretende-se concluir pela correção ou inexatidão da classificação da *suppressio* como forma de abuso de direito. Caso a conclusão repudie tal enquadramento, objetiva-se determinar qual a relação que há entre a perda e o abuso.

Para tanto, divide-se esta exposição em duas partes, e cada uma destas, em três capítulos. Enquanto a primeira visa investigar a *suppressio* pela ótica sob a qual ela é tradicionalmente abordada na doutrina, a segunda pretende apreciar aspectos que apenas mais recente e minoritariamente lhe são atribuídos.

A primeira parte compõe-se de três capítulos. No primeiro, relaciona-se o fenômeno do influxo dos fatos sociais sobre as normas jurídicas com a objetividade dos indícios de que o direito não será mais exercido. Já no segundo, examina-se o modo pelo qual a passagem do tempo repercute na verificação da *Verwirkung*. Por fim, estuda-se o limite que o princípio da boa-fé impõe à liberdade do exercício de direitos pelo seu titular, resultando na sua extinção por protraimento desleal.

A segunda estrutura-se da mesma forma. Primeiramente se investiga a *sup-*

pressio sob a perspectiva do pólo oposto – o do seu beneficiário – ao que tradicionalmente se elege como ponto de partida para o seu tratamento científico. Em seguida, aprecia-se a aplicabilidade do conceito de sistema móvel à justificação formal da perda do direito por protraimento desleal do seu exercício. Por último, avalia-se se a *suppressio* pode ser corretamente enquadrada dentro da categoria de abuso de direito e, caso se conclua que não possa, sugere-se a relação que ela mantém com este.

1 A SUPPRESSIO SOB UMA PERSPECTIVA TRADICIONAL

A *suppressio* – ou *Verwirkung*, em alemão – consiste na situação do direito que, por não ter sido exercido, sob das circunstâncias, durante um certo período de tempo, não possa mais sê-lo, pois, caso contrário, infringiria o princípio da boa-fé.¹⁶

Se se analisar a *suppressio* analogicamente à estrutura da norma jurídica, dir-se-á que ela, sumariamente, imputa a perda do direito – consequência jurídica – ao não-exercício deste direito – condição jurídica.¹⁷ A consequência jurídica da *suppressio*, pela sua própria natureza, dispensa, neste estudo, investigações. Contudo, a condição jurídica, ou melhor, quando efetivamente se verifica um não-exercício diferido no tempo e merecedor de ser feito norma, é complexa e, por isso mesmo, carece de aprofundamentos.

16 CORDEIRO, *Da Boa-Fé...* p. 797.

17 Kelsen, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 67.

Da própria definição da *suppressio*, constata-se que, para que ela se verifique, põem-se-lhe três condições.¹⁸

A primeira – “por não ter sido exercido, sob dadas circunstâncias” – é de cunho fático. Tal fato – o não-exercício circunstanciado – embora meramente permitido, em um primeiro instante, em um segundo, torna-se obrigatório, penetrando na dimensão jurídica e sendo, portanto, por ela, tutelado. Trata-se de um fato que ascende à condição de norma, isto é, em termos genéricos, do influxo dos fatos sociais sobre as normas jurídicas.

A segunda – “durante um certo período de tempo” – é de caráter temporal. Atribui ao fato, para que este se possa investir de normatividade, um requisito – que se estenda por um dado lapso de tempo. Trata-se da repercussão do tempo nas relações jurídicas.

A terceira – “pois, caso contrário, infringiria o princípio da boa-fé” – é de natureza moral. Consiste na boa-fé objetiva. É esta que reveste a inação entendida no tempo de normatividade, a ponto de tornar o retorno ao exercício do direito um ato ilícito. Trata-se da influência do princípio da boa-fé sobre a liberdade de exercício de direitos subjetivos.

São essas as três condições da *suppressio*. A fim de investigar a natureza desta, cumpre essencialmente inquirir a daquelas. Cada uma delas, como se evidenciou, relaciona-se a uma questão jurídica mais genérica. Daí o interesse de dedicar esta primeira parte ao exame dessas questões gerais bem como a maneira pela qual elas se aplicam e determinam a *suppressio*, sempre sob sua perspectiva tradicional.

1.1 O Influxo dos fatos sociais sobre as normas jurídicas

Este fenômeno do influxo é corolário do princípio da interdependência dos fenômenos do mundo social e jurídico, ínsito à própria essência social do Direito.¹⁹

É corrente na doutrina a exigência de que haja indícios objetivos de que não haverá mais atuações do direito em questão, para que a *suppressio* se constate. Assim, havendo neles uma dada configuração da efetividade social que se tem por sólida, esta pode, sob a intervenção positiva de outros fatores que lhe complementem, investir-se de caráter normativo e ascender à dimensão do Direito;²⁰ eis a essência da *suppressio*.

18 NORONHA, *O Direito dos Contratos...* p. 185.

19 Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Systema de Sciencia Positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922. p. 18-19. ROUBIER, Paul. *Théorie Générale du Droit: histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*. 2. ed. rev. e aum. Paris: Sirey, 1951. p. 74-82.

20 Adquire assim a proteção a que uma eventual intervenção coercitiva do poder público corresponde. Cf. RÁO, Vicente. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 1, p. 41.

A *Verwirkung*, enquanto momento normativo, se analisada da perspectiva do tridimensionalismo jurídico,²¹ resulta da tensão entre fato – omissão do exercício – e valor – segurança jurídica, especificada na forma de confiança. Estes estão correlacionados por “implicação-polaridade”.²² Neste caso peculiar, quando o não-exercício – fato – mereça ser conservado tendo em vista a confiança no tráfico negocial – valor – a esta conservação aspira a *suppressio* – norma.²³

O influxo da efetividade social sobre o Direito, justificável mediante a *suppressio*, pode dar-se parcial ou completamente.

Se um credor de alimentos, por um longo período de tempo, não exerce a sua pretensão de recebê-los contra o alimentante, uma eventual ação de cobrança sob pena de prisão civil – art. 733²⁴ do Código de Processo Civil (CPC) – fica restrita às três últimas prestações, podendo a quantia restante ser reclamada tão-só por meio de artifício processual menos severo. Trata-se de um caso de execução por quantia certa.²⁵ Aqui,

já que o direito do alimentado sofreu restrições, mas não se extinguiu, diz-se ter havido *suppressio* parcial.

Em julgado da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, nota-se a ocorrência de *suppressio* completa. O inquilino absteve-se de pagar aluguel por quatro anos. Em função disso, o locador, alegando inadimplência, entrou com uma ação de execução sob pena de despejo. Esse Tribunal, em virtude do irrazoavelmente longo lapso temporal transcorrido, não proveu tal ação, justificando essa decisão pela adesão abdicativa (como denomina a *suppressio*), que convertera o contrato locatício em outro, de comodato.²⁶ Desse modo, o locador (agora vertido em comodante) perdeu totalmente o direito às prestações previamente inerentes ao contrato de locação que concluíra.

Ademais, a título de ilustração, observa-se que é sólida a posição jurisprudencial segundo a qual, em um compromisso de compra e venda de imóveis dotado de cláusula de arrependimento, esta não pode ser invocada caso já se tenha adim-

21 Consoante o qual, “o Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores”, integrantes conforme a dialética da complementaridade. REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 91.

22 *Ibid.*, p. 57.

23 *Ibid.*, p. 57

24 Art. 733, CPC: “Na execução de sentença ou de decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. § 1.º Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. § 2.º O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas. § 3.º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão”.

25 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Estrutura Clássica e Moderna da Obrigação*. In: MEDEIROS, A. P. C. (Org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 303.

26 *Ibid.*, p. 303.

plido o preço integral do negócio, mesmo antes de assinado o instrumento público.²⁷ Assim, a aplicação da *suppressio* completa – que é a mais comum – priva o vendedor do direito protegido, a princípio, pelo art. 1.088²⁸ do Código Civil Brasileiro de 1916 (CC/1916).²⁹

1.2 A repercussão do tempo nas relações jurídicas

Como o ser humano está imerso no tempo, e o Direito trata de relações humanas, é inevitável que este não seja indiferente à evasão do tempo:³⁰ ora requer simultaneidade – como no consentimento negocial – ora reage sobre a sua irreversibilidade – como na nulidade dos atos jurídicos ligada a termo e condição e na prescrição e decadência;³¹ a que se acresce, por proximidade de conceptual, a *suppressio*.

Contudo, enquanto a ação prescritiva do Direito não se consuma, o tempo é reversível ao arbítrio do credor. Isso se deve à incursão da ética no dado normativo, a qual, à medida que se dissemina, força os prazos prescricionais a dilatarem-se.³² Eles justificam-se, portanto, só materialmente, onde atua a boa-fé na implementação da segurança jurídica.³³

Tais prazos, uma vez decorridos, provocam a regressão das partes, pela reversão do tempo sobre si mesmo diante de uma exigência ética,³⁴ ao estado em que se encontravam anteriormente à aquisição do vínculo jurídico, como se este jamais houvesse se dado.³⁵ Na *Verwirkung*, raciocina-se similarmente, senão pelo que se restringe geralmente à situação de um direito, ou de um complexo destes.

O objetivo proeminente da *suppressio*³⁶ consiste em complementar as dis-

27 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 166*. É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do DEL 58, de 10.12.1937. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2002.

28 Art. 1.088, CC/1916: “Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097”.

29 NORONHA. *O Direito dos Contratos...* p. 185-186.

30 O Direito revela, na verdade, a luta vitoriosa do espírito humano, na aspiração pela eternidade, contra o tempo. Cf. LIMA, Ruy Cirne. *Preparação à Dogmática Jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1958. p. 231.

31 *Ibid.*, p. 220 e 227.

32 Na Lei das Doze Tábuas, a aquisição de propriedade por usucapião exigia a posse por um ano, quanto a coisas móveis, e dois, quanto a imóveis. Cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 4. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1, p. 424. Atualmente, v.g., no Direito pátrio, os prazos são respectivamente, em termos genéricos, três e dez anos. Cf. arts. 1.260 e 1.242, do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/2002).

33 LIMA. *Preparação...* p. 228-229.

34 *Ibid.*, p. 331.

35 *Ibid.*, p. 229-220. Art. 182, CC/2002.

36 CORDEIRO. *Da Boa-Fé...* p. 816.

posições legais – onde estas, consoante a boa-fé objetiva, forem inexistentes ou insuficientes – acerca da influência do tempo nas relações jurídicas. Assim, quanto mais “prescrito” for um ordenamento qualquer, menor será o espaço a ser preenchido pela *Verwirkung*. Disso provém a sua natureza subsidiária.³⁷

Além de completar, incumbe à *suppressio* eticizar um direito formalista da decadência, concedendo-lhe maleabilidade, o que tem por contrapartida a atribuição aos juízes de uma discricionariedade não imune ao desvirtuamento do direito legislado.³⁸

A *Verwirkung* busca orientar a realidade em que o não-exercente, pela sua inação reiterada no tempo, gera, no espaço jurídico, uma imagem de não-atuação. Esta cria, naqueles a quem tal direito afetaria caso fosse exercido, uma certa expectativa, a qual, desde que fundada objetivamente, deve, em decorrência do princípio da boa-fé, ser juridicamente tutelada. A tutela jurídica da expectativa social gerada pela inação é o que se traduz por *suppressio*, já que implica interdição do exercício superveniente. Assim, a *Verwirkung*, como a proi-

bição do *venire contra factum proprium*, almeja banir condutas contraditórias.

Nada obstante, o que então as diferencia? Cordeiro preconiza que é justamente a relevância do fator tempo que o faz: para que se justifique a perda de um direito pela *suppressio*, a exigência do decurso do tempo é, em razão da maior severidade de seus efeitos, sensivelmente de maior relevo, do que se o fizesse mediante *venire contra factum proprium*.³⁹

O lapso temporal demandado, entretanto, é variável, porque está subjogado ao princípio da boa-fé: aquele se estende até o instante em que a representação gerada pela inatividade que se projeta na ambiência social justifique ser amparada por este.

Assim, analogamente à decadência, é a ação do tempo sobre a inércia (desleal) de seu titular que conduz à perda do direito.⁴⁰ Contudo, o critério decisivo da *Verwirkung*, não é o mero decurso do tempo associado à inatividade do titular, mas – e é isso que a diferencia da prescrição e decadência – a situação de justificada confiança que cria no oponente de que o direito jamais seria exercido.⁴¹

37 CORDEIRO. *Da Boa-Fé.*, p. 812.

38 WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1993. p. 596-597.

39 CORDEIRO, op. cit., p. 813.

40 SANSEVERINO. *Estrutura Clássica...* p. 302.

41 LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978. p. 302.

Vincula-se a *suppressio* à decadência,⁴² ora pela imprecisão terminológica,⁴³ ora pela sua equivalência de efeitos e fim. Quanto aos efeitos, ambas concorrem para a extinção de direitos,⁴⁴ visando, quanto ao fim, à promoção da segurança e da paz públicas e, subsidiariamente, ao desestímulo à negligência do titular⁴⁵ – *dormientibus non succurrit jus*.⁴⁶

Além disso, ambas inseriram-se no Direito por via jurisprudencial, excepcionando a antiga regra da perpetuidade dos direitos. A *Verwirkung*, tendo surgido na jurisprudência alemã,⁴⁷ pelo menos na ordem jurídica pátria, ainda opera só como recurso justificativo de soluções judiciais. A decadência (como a prescri-

ção, supõe-se), pelo contrário, apesar de advir do Direito pretoriano,⁴⁸ ganhou, há muito tempo, resguardo na legislação.⁴⁹

Diferenciam-se elas, em contrapartida, tanto pelo meio mediante o qual atingem seu objetivo quanto pela classe de direitos que lhe são alvos, bem como pela exigência que buscam satisfazer. Em relação ao meio, a primeira efetiva-se ao surgir da confiança legítima na permanência de uma situação fática – pela intervenção da boa-fé objetiva – decorrido, até então, certo lapso temporal; a segunda, desconsiderando a situação fática específica, presume que já há confiança (mesmo que indeterminada) digna de tutela, deflui-

42 Alguns autores, v.g., Fernando Noronha (NORONHA. *O Direito dos Contratos...* p. 186), vinculam, por analogia, a *suppressio* também à prescrição. Esta posição, contudo, não se adota neste estudo. Aqui, divergentemente, se adere à posição segundo a qual a prescrição refere-se à extinção de ação condenatória – subsistindo, contudo, o direito cuja lesão lhe originou – e a decadência, a de direito (e só por via indireta, à extinção de ação constitutiva). Cf. AMORIM FILHO, Agnelo. *Crítério Científico para distinguir a prescrição da Decadência e para identificar as Ações Imprescritíveis*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 744, p. 725-750, out. 1997. p. 735 e 750. Apesar de a distinção ser difícil na prática, desta última opinião compartilham Clóvis Beviláqua, Eduardo Espínola, Carpenter, Câmara Leal, Carvalho Santos, entre outros. Cf. GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 505.

43 Não raramente, traduz-se do alemão (onde surgiu o instituto), *Verwirkung* por “decadência”. Cf. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Calouste, 1997. p. 600. A imprecisão terminológica existe pois “decadência” normalmente traduz a idéia de *Befristung*. Cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 163.

44 Cf. AMORIM FILHO, op. cit. p. 736; CORDEIRO. *Da Boa-Fé...* p. 798; LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência: teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 115.

45 AMORIM FILHO, op. cit. p. 734 e 737.

46 Tradução: “O direito não aproveita aos que dormem [...]”. *DORMIENTIBUS NON SUCCURRIT JUS*. In: DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 2, p. 243.

47 CORDEIRO, op. cit., p. 798-799.

48 AMORIM FILHO, op. cit. p. 734.

49 Cf., v.g., arts. 207-211, CC/2002 e arts. 2.964-2.969, do Código Civil italiano.

do, *erga omnes* e insuscetível de suspensão e interrupção,⁵⁰ um período de tempo previamente (pela lei, ou pelas partes) estabelecido – tendo nada a ver com a boa-fé.⁵¹ Quanto aos direitos, àquela se sujeitam todos eles;⁵² a esta, só alguns dos potestativos.⁵³ Por fim, a *suppressio* busca satisfazer a exigência de ajustar a situação de direito à de fato cuja duração no tempo justifique, a decadência, a de limitar temporalmente o exercício de um direito no interesse de outrem ou da comunidade.⁵⁴

De mais a mais, a primeira, pois existe só como artifício jurisprudencial, carece de pronunciamento judicial *ex officio*⁵⁵ para que ocorra. Já a segunda, em virtude de possuir regime legal ex-

plícito,⁵⁶ dá-se por si, sendo, por isso, independente de declaração *ex officio*.⁵⁷

1.3 A influência do Princípio da Boa-fé sobre a liberdade de exercício de direitos subjetivos

Sumariamente parece um contra-senso punir o titular de um direito por prostrar-se do seu exercício,⁵⁸ como se lhe impusesse uma obrigação. Parece-o por infringir o próprio conceito de direito, visto que seu exercício abarca a possibilidade⁵⁹ do não-exercício;⁶⁰ afinal *neminem laedit qui suo jure utitur*.⁶¹

Também o parece por transgredir dois princípios do exercício dos direitos: o da disponibilidade e o da inesco-

50 Excepcionalmente se admite suspensão; v.g., contestação de paternidade (GOMES, op. cit., p. 508).

51 CORDEIRO, op. cit., p. 797. NORONHA. *O Direito dos Contratos...* p. 186.

52 Ibid. p. 810-812.

53 Ou seja, apenas aqueles cujo não-exercício contribui mais intensamente à perturbação da tranquilidade social, estando submetidos, por isso, a prazos especiais previstos em lei; v.g., direito à rescisão contratual bem como à propositura da ação respectiva, à contestação de paternidade, à anulação de casamento, direito de preempção (AMORIM FILHO, op. cit., p. 737-738).

54 Cf. GOMES, op. cit., p. 506.

55 Tradução: “Em razão do ofício [...]” (EX OFFICIO. In: DINIZ, op. cit. v. 2, p. 474).

56 Podendo, independentemente deste, ser ainda fixado judicial e convencionalmente (GOMES, op. cit. p. 508).

57 Cf. GOMES, op. cit. p. 508.

58 Pois, não despreza tal punição o valor econômico dos direitos positivos? Ora, esses só são adquiridos por meio de sacrifícios e esforços laboriais ou por transmissão de alguém que os fez. Além do mais, ela não despreza o sentimento de uma irresponsabilidade no exercício do direito subjetivo? Cf. RIPERT, Georges. *A Regra Moral nas Obrigações Civis*. São Paulo: Saraiva, 1937. p.168.

59 REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 261.

60 MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 6. p. 71-72.

61 Tradução: “Não prejudica outrem aquele que usa de seu direito” (NEMINEM LAEDIT QUI SUO JURE UTITUR. In: DINIZ, op. cit., v. 3, p. 350). Cf. RIPERT, op. cit., p.134.

tabilidade. Pelo primeiro, porque o direito (subjetivo) consiste em uma faculdade, ninguém pode ser obrigado a exercê-lo. Pelo segundo, os direitos, em geral, não se esgotam pela falta de exercício.⁶² Ambos compõem o princípio da liberdade de exercício.⁶³

Se a isso se designar “absolutismo do direito individual”,⁶⁴ rebater-se-á que neste nada há de condenável, pois expressa juridicamente o desejo legítimo de atribuir e proteger a liberdade.⁶⁵ Nesse sentido:

Não pode [...] escamotear-se uma intenção normativa prima de manter, uma vez concedido, o direito subjetivo: a permissão jurídica que o consubstancia, porque permissão, não implica exercício necessário e, porque jurídica, não tolera interferências exteriores que, do permitido, façam proibido.⁶⁶

Tal contrasenso procede, se considerado for o princípio da boa-fé⁶⁷ – regra moral penetrando no dado jurídico e protestando contra seu rigorismo racionalista:⁶⁸ *summum jus, summa injuria*.⁶⁹ Daí resulta um terceiro princípio do exercício: o da normalidade. Assim não se admite o exercício anômalo, isto é, dissociado de sua função social⁷⁰ – exige-se o relativista.⁷¹ Esta idéia, até certa extensão, restringe a disponibilidade e a inesgotabilidade. A ela também se conecta o dever de exercício que acompanha certos direitos.⁷²

Ao princípio da boa-fé, vêm-se reconduzindo, com sucesso, inúmeros institutos jurídicos,⁷³ os quais, em razão disso, adquirem maior estabilidade e congruência conceituais e flexibilidade e amplitude operativas; deram assim

62 GOMES, op. cit., p. 130.

63 Cf. MIRANDA, op. cit. v. 6. p. 81.

64 Quer dizer: ilimitação do exercício e irrelevância de seu fim, desde que dentro dos limites do direito, típico de sistemas onde se admitem contradições na coexistência de direitos (Cf. MIRANDA, op. cit. v. 6, p. 89-90 e 92).

65 RIPERT, op. cit., p.189.

66 CORDEIRO. *Da Boa-Fé...* p. 817.

67 Trata-se da boa-fé objetiva, que, opondo-se à boa-fé subjetiva, é um *standard*, um parâmetro objetivo e genérico, fundado na conduta normal que se pode razoavelmente esperar de um homem médio, de um bom pai de família. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 106.

68 Cf. RIPERT, op. cit., p.134. RÁO. *O Direito à Vida...*, p. 70.

69 Tradução: “A justiça excessiva torna-se injusta” (SUMMUM JUS, SUMMA INJURIA. In: DINIZ. *Dicionário...* v. 4. p. 463).

70 GOMES. *Introdução...* p. 130.

71 Quer dizer: limitado na coexistência com outros direitos, em virtude do princípio da não-contradição, típico dos sistemas jurídicos modernos. Cf. MIRANDA, op. cit. v.6. p. 89-90.

72 Cf. *Ibid.*, v. 6, p. 81-82.

73 V.g., responsabilidade pré-contratual, deveres de proteção, dever de assistência nas relações trabalhistas, dever de fidelidade do sócio, queda da base do negócio jurídico, abuso de direito (LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste, 1997. p. 600).

um passo sólido em direção à reintegração da justiça material. Relativamente à *suppressio*, não se deu de forma diversa.⁷⁴

O princípio da boa-fé, acometido de função socializadora, embora intransponível em proposição verbal,⁷⁵ concretiza-se na norma segundo a qual é inadmissível qualquer comportamento que viole o mandamento de portar-se com lealdade e correção.⁷⁶ No caso específico da *suppressio*, esse princípio, posto que uma de suas faces preconiza o hábito fiel e coerente de satisfazer as expectativas razoáveis alheias, respeitando e tendo consideração pela outra parte,⁷⁷ vem revestido da teoria dos atos próprios. Conforme esta teoria, é ilícito lançar mão de um direito de modo a contrariar o sentido que razoavelmente se poderia inferir da conduta precedente de seu titular interpretada objetivamente com base na lei, nos bons costumes e na boa-fé (objetiva), ou quando o posterior exercício (atrasado) ofende disposição legal, os bons costumes e a boa-fé.⁷⁸ Em suma, o não-exercício (mesmo de um direito que não implique dever de exercício) pode produzir consequências (extintivas), contrárias aos interes-

ses de seu titular.⁷⁹ Dessa forma, a boa-fé objetiva delimita (*arcere*) o conteúdo (*ex*) do direito, o qual é ação dentro (e jamais fora) de cerca.⁸⁰ Esta traça limitações que independem de ato jurídico e refletem-se no exercício do direito.⁸¹

É incorreto, todavia, interpretá-la como se proibisse absolutamente toda e qualquer contraditoriedade no comportamento humano. Isso equivaleria a desprezar a própria essência – volúvel, vulnerável, hesitante – do ser humano na Terra; enrijeceria a linearidade da evolução dos fatos sociais, extraindo-lhe a interessante imprevisibilidade da vida. A teoria dos atos próprios visa apenas abater certo nível de contradições comportamentais, modulando-o a ponto de preservar a relação de confiança recíproca minimamente necessária ao desenvolvimento regular do tráfico negocial;⁸² ou melhor, ela interessa-se pela não-contradição tão-só na proporção em que esta promova lealdade e confiança.

Essa teoria abarca duas figuras semelhantes – *venire contra factum proprium* e *suppressio*. Estas, entretanto, distinguem-se. Além das diferenças referentes à estrutura (tempo demanda-

74 CORDEIRO. *Da Boa-Fé...*, p. 807-809. Cf. LARENZ, op. cit. p. 600.

75 LARENZ, op. cit. p. 410.

76 MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 457.

77 MARQUES, *Contratos...* p. 106-107.

78 MARTINS-COSTA, op. cit. p. 460.

79 MIRANDA. *Tratado de...* v. 6. p. 82.

80 Cf. *Ibid.*, v. 6, p. 80.

81 Cf. *Ibid.*, v. 6, p. 89.

82 MARTINS-COSTA, op. cit., p. 470.

do) e aos efeitos (severidade), aplicam-se em níveis distintos de generalidade. Embora ambas objetivem a promoção da lealdade, confiança e segurança no tráfico jurídico, a primeira preocupava-se em controlar a “contradizibilidade” de condutas (constituam elas ação ou omissão) em geral,⁸³ enquanto a segunda, em especial, em suprimir exercícios de direito intoleráveis, em face de seu estado de inatividade anterior (isto é, necessariamente omissão).

Meras tolerâncias do credor, quer por complacência e consideração em relação ao devedor, quer por sua própria comodidade, não constituem obviamente um protraimento desleal, pois são inaptos a gerar qualquer expectativa legítima em um *bonus pater familias*⁸⁴ no sentido de sua solidez; o devedor tem de contar normalmente com o exercício do direito de crédito.⁸⁵ Todavia, à medida que tal condescendência desnatura-se em regularidade pela inatividade persistente do titular, já que *non enim negligentibus subvenitur*,⁸⁶ ela torna-se manifestamente excessiva; dessa maneira, um casual retorno ao exercício

do direito seria, consoante o princípio da boa-fé, de objetiva deslealdade e intolerabilidade.⁸⁷ Desse modo, a *Verwirkung* consiste na decadência do direito exercido imoralmente.⁸⁸

Em virtude da boa-fé objetiva, combate-se a subjetividade na determinação da *suppressio*. Daí decorre que não se faz necessária qualquer culpa (e também consciência⁸⁹) por parte do titular não-exercente (embora a má-fé, é claro, acresça justificabilidade à operatividade da *Verwirkung*).⁹⁰ Em princípio, assim como na decadência⁹¹ (porém, nesta, não em razão da boa-fé), basta a não-atuação do direito objetivamente considerada.⁹²

2 A SUPPRESSIO SOB UMA NOVA PERSPECTIVA

Nesta segunda parte, em justaposição, ou, por vezes, em contraposição, ao que foi desenvolvido anteriormente, pretende-se tratar três dos novos atributos contemporaneamente consignados à *suppressio*, por serem apenas estes os defensáveis e os dignos a serem

83 Ibid., p. 471.

84 O *bonus pater familias* é um conceito que juridicamente se tem como um ponto de referência na avaliação do grau de diligência que exige na conduta de um indivíduo (BONUS PATER FAMILIAS. In: DINIZ, op. cit., v. 1, p. 432).

85 LARENZ. *Derecho...* p. 303.

86 Tradução: “Não se socorrem os negligentes”. NON ENIM NEGLIGENTIBUS SUBVENITUR. In: CARLETTI, Amilcare. *Dicionário de Latim Forense*. 8. ed. totalmente rev. e ampl. São Paulo: Universitária de Direito, 2000. p. 431.

87 NORONHA. *O Direito dos Contratos...* p. 185-186.

88 RIPERT. *A Regra Moral...* p.164.

89 Cf. MIRANDA. *Tratado...* v. 6. p. 80.

90 NORONHA, op. cit. p. 187.

91 GOMES. *Introdução...* p. 506.

92 CORDEIRO. *Da Boa-Fé...* p. 812.

incorporados à doutrina tradicional da *Verwirkung*. Se eventualmente forem inconciliáveis com os já incluídos, merecem então, sem dúvida alguma, preferência.

Primeiramente se sugere a inversão do ponto de partida do tratamento doutrinário da perda por protractamento. Em segundo lugar, preconiza-se a conveniência de aplicá-la, em nome da congruência lógica e flexibilidade operativa, segundo as regras do sistema móvel. Finalmente se conclui pela inexistência da identificação da *suppressio* como forma de abuso de direito.

2.1 A *Surrectio* proposta por Menezes Cordeiro

O termo *surrectio*, proposto por Menezes Cordeiro, pretende traduzir a idéia constante no vocábulo alemão *Erwirkung*, cunhado por Canaris, em 1971.⁹³ Trata-se do mesmo instituto – a *suppressio* ou *Verwirkung* – mas com a sua formulação teórica repensada, já que vista sob um prisma diferente.

A razão pela qual se tornou conveniente inverter a perspectiva de abordagem desse instituto – o que, do ponto de vista doutrinário, é plenamente razoável e recomendável – consiste na sua recondução, relativamente recente, ao princípio da boa-fé. Efetivamente, hoje em dia, a boa-fé objetiva é a “pedra de toque” do funcionamento da *suppres-*

sio, uma vez que ela determina se a mera não-atuação merece tutela jurídica e, caso mereça, por quanto tempo então o não-exercício deve estender-se para que haja perda do direito e quando exatamente a efetividade social (da omissão) adquire normatividade.

Como o princípio da boa-fé visa à promoção da lealdade e segurança no tráfico jurídico, ele tutela toda confiança⁹⁴ – razoavelmente justificável e fundada em elementos objetivos – que uma dada atuação gere na contraparte *in concreto* (no caso de uma relação jurídica obrigacional) ou em um *bonus pater familias*. Daí decorre que é exatamente no instante a partir do qual a outra parte passa a confiar legitimamente na representação de não-exercício do direito que lhe afeta que a boa-fé objetiva desencadeia a *suppressio* na esfera jurídica da parte contrária. Sendo assim, a causa eficiente⁹⁵ da *Verwirkung* dá-se no âmbito da parte oposta àquela na qual se sentem os seus efeitos.⁹⁶

Contudo, se uma parte perde um direito, v.g., o de cobrar o adimplemento de uma prestação – *suppressio* – a contraparte, sobre a qual anteriormente impendia o dever correspondente, neste instante, adquire o direito que lhe corresponde, v.g., o de não ser compelida a tal adimplemento – *surrectio*. Ou melhor, o efeito – *suppressio* – supõe um contra-efeito – *surrectio*. Constata-se assim que a *Verwirkung* faz-se sentir

93 CORDEIRO. *Da Boa-Fé...* 817.

94 NORONHA. *O Direito dos Contratos...* p. 187.

95 Causa efficiens ou causa-fato jurídico. Cf. AZEVEDO. *Negócio...* p. 151.

96 CORDEIRO. *Da Boa-Fé...*, p. 820.

na esfera jurídica de ambas as partes – pólos da relação jurídico-privada.

Se essa constatação procede, então se verifica uma incongruência lógica na doutrina tradicional: por que designar e explicar este fenômeno do ponto de vista da parte *in suppressio* – onde tão-só emergem efeitos – quando o fato que lhe determina ocorre junto à parte *in surrectio* – onde, além de efeitos, dá-se a causa?

Do ponto de vista científico – que é o que dirige a presente análise – não se justifica persistir na perspectiva menos funcional. Por isso, prefere-se a da *surrectio*.⁹⁷

Como se trata do mesmo fenômeno, visto sob a ótica oposta,⁹⁸ as condições postas à sua verificação permanecem. Altera-se, no entanto, a sua proposição teórica.

Assim, a *Erwirkung*, passo a passo, transcorre consoante a seqüência seguinte: a) a situação jurídica de não-exercício de um direito subjetivo projeta-se na efetividade social; b) esta, mediante indícios objetivos correspondentes, gera uma previsão de perpetuar-se constantemente na qual o beneficiário confia legitimamente; c) imputa-se ao prejudicado, a título de culpa ou dolo, a responsabilidade pela nor-

matividade que está prestes a revestir o fato; d) o beneficiário, de boa-fé (subjetiva), crê, ou a tem pelo menos por provável, na regularidade da situação fática subjacente, acata os deveres de informação que no caso ocorrerem e não tem consciência de prejudicar a outrem; e) inexistem outras soluções impostas legalmente, v.g., prescricionais e decadenciais; f) o princípio da boa-fé, em nome da segurança jurídica, é chamado a tutelar a confiança do beneficiário; g) a boa-fé objetiva faz surgir um direito que, embora não existisse antes, juridicamente, na efetividade social era tido como se estivesse presente; h) assim que o Direito passe a corresponder a tais fatos, consuma-se a *surrectio*.⁹⁹

Todavia, está ainda por esclarecer-se: como se justifica a extinção de um direito – *Verwirkung* – pelo surgimento de outro – *Erwirkung*? A constituição legítima de uma situação jurídica ativa acarreta, por incompatibilidade¹⁰⁰ – corolário do princípio da não-contradição do sistema¹⁰¹ – a extinção da situação jurídica passiva prévia (v.g., usucapião e acessão¹⁰²). Sob este prisma, a *suppressio* é uma mera consequência da *surrectio*.¹⁰³

97 Por razões de clareza e coerência terminológica, procura-se, nesta pesquisa, empregar exclusivamente a vocábulo *suppressio* – à exceção do primeiro capítulo da segunda parte – pelo qual tal fenômeno ainda é majoritariamente designado na jurisprudência e doutrina, não obstante a sua inconveniência lógico-funcional e a preferência do autor.

98 SANSEVERINO. *Estrutura Clássica...* p. 302.

99 CORDEIRO, op. cit., p. 822.

100 Sobre extinção de direitos por impossibilidade de coexistência, usucapião e acessão, veja Pontes de Miranda (MIRANDA. *Tratado...* v. 11. p. 117 e 155).

101 Cf. MIRANDA. *Tratado...* v. 6. p. 89.

102 CORDEIRO. *Da Boa-Fé...* p. 815.

103 Ibidem, p. 823.

Distinguem-se ademais dois tipos de *surrectio*.¹⁰⁴ Quando se desvincula de uma adstrição, pela aquisição de uma permissão genérica de atuação, tem-se a *surrectio* ampla. Por outro lado, se se adquire uma vantagem particular, isto é, uma permissão de aproveitamento específica, verifica-se a *surrectio* estrita ou propriamente dita.

2.2 O conceito de sistema móvel aplicado à *suppressio*

Diferentemente da rigidez com que a doutrina tradicional põe à *suppressio* três condições que se devem cumular para que ela se verifique, contemporaneamente, em favor de dar ao instituto maior flexibilidade aplicativa e coerência justificativa, compreende-as como elementos de um sistema móvel.¹⁰⁵ Dessa forma, embora eventualmente falte uma delas, a *Verwirkung* ainda sucede, pela intensidade especial que as restantes podem, no caso concreto, assumir.¹⁰⁶

Nesse sistema, a primeira condição – fática – é, contudo, necessária; não há *suppressio* sem não-exercício. Todavia, a intensidade com que se efetua é variável; dependendo de quão perceptíveis e persuasivos sejam os indícios objetivos de que a inação se consolide, esta condição pode suprir a ausência casual de uma das duas restantes.

Estas – temporal e moral – são móveis e, bem por isso, carecem de autonomia. Se hipoteticamente o tempo decorrido sem atuação for excepcionalmente extenso, na proporção inversa da intensidade da objetividade do não-exercício, mesmo que a boa-fé objetiva não tenha confiança alguma a proteger *in concreto* – mas a proteção da segurança comunitária a justifique (assim como o faz à decadência) – a perda do direito por protraimento desleal de seu exercício pode ocorrer. Inversamente se a não-atuação superveniente for tão evidente a ponto de justificar a geração de confiança legítima, o princípio da boa-fé pode eventualmente produzir o devido efeito mesmo que o tempo transcorrido seja desproporcional e, sob a ótica tradicional, irrazoável.

Embora as três condições estejam, sob a sistemática móvel, elasticamente concatenadas,¹⁰⁷ é imperativo que, no mínimo, duas delas realizem-se – a necessária e uma das móveis – e que o façam, compensando-se flexivelmente, na dependência da hipótese traçada, em uma intensidade superior à habitual.

2.3 A *suppressio* enquanto prevenção do abuso de Direito

Conforme o art. 187¹⁰⁸ do Código Civil Brasileiro de 2002 (CC/2002), há

104 CORDEIRO. *Da Boa-Fé...*, p. 821.

105 Ibidem, p. 822.

106 Ibidem, p. 750.

107 Ibidem, p. 750.

108 Art. 187, CC/2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

abuso de direito quando o titular de um direito, “ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Assim, por pressupostos lógicos do abuso de direito, têm-se a existência e titularidade deste direito (que é então exercido sem a observância de certos limites).

Por outro lado, desde que, pelo princípio da boa-fé, se passe a tutelar juridicamente a expectativa social de continuidade do não-exercício, a *suppressio* provoca a extinção do direito, o qual, por isso mesmo, deixa de existir. Se o direito não existe, este não pode logicamente ser exercido (abusivamente). Qualquer tentativa, no entanto, de voltar a exercê-lo consistiria em um ato não amparado por direito subjetivo algum e, assim, seria um ato ilícito propriamente dito (e não meramente abusivo), visto que causaria dano ao que confiou, de boa-fé, na sua inação.

Seguem, do exposto, duas proposições.

Primeiramente, se ainda se insistir que o titular que intentasse exercer um direito suprimido por *suppressio* dele abusaria, coloca-se que os instantes em que ocorre a *Verwirkung* e em que se dá o exercício abusivo são distintos. Veja-se bem. O não-exercício estendido no tempo de um direito não é abusivo nem, muito menos, ilícito, pelo próprio caráter de facultatividade que implica o conceito de direito subjetivo. Entretanto, essa não-atuação gera a expectativa social de sua perpetuação; se esta for objetivamente justificável, será

digna de ser tutelada juridicamente. A tutela jurídica efetiva-se por ação da *suppressio*. Esta, embora, consoante este raciocínio – provisório – não extinga tal direito, limita-lhe completamente o exercício. Até o presente momento, como se vê, houve não-atuação desleal e, por isso, *suppressio*, porém não abuso de direito. Se, todavia, o suposto titular viesse supervenientemente perpetrar qualquer ação no sentido de reclamar tal direito de exercício limitado pela boa-fé, apenas então incidiria em abuso de direito. Daí se clarifica a não coincidência desses dois fenômenos: a *suppressio* é tão-só a razão e a forma pela qual o exercício de um direito foi limitado (integralmente, neste caso) pela boa-fé objetiva; o posterior exercício – abusivo – desse direito, neste caso, é possível, mas jamais necessário; o abuso de direito, caso então venha, nada obstante, a ocorrer, pressupõe, tanto ontológica quanto cronologicamente, a precedente verificação da *suppressio*.

Em segundo lugar, da primeira proposição, aceita-se, e definitivamente, que a *suppressio* e o abuso de direito não coincidem – e, portanto, este não é gênero do qual aquela é espécie (como equivocadamente defende a doutrina tradicional).¹⁰⁹

Essa não-coincidência acentua-se ainda mais, na medida em que se considera o papel da *culpa* na estruturação doutrinária de cada figura. Na *Verwirkung*, ela ausenta-se totalmente. Já no abuso de direito, ela está presente, seja enquanto mera culpa do exer-

109 Cf. CORDEIRO. *Da Boa-Fé...* p. 797 e NORONHA. *O Direito dos Contratos...* p. 186.

cente que ultrapassa certos limites inerentes ao próprio direito subjetivo e às suas contextualizações social e moral – concepção social e teleológica – seja enquanto dolo, daquele que o exerce, desprovido de interesse próprio legítimo ou utilidade justificante, no propósito de prejudicar a outrem, ou ainda com demasiada indiferença em relação aos interesses deste¹¹⁰ – concepção subjetivista e individual.¹¹¹

Nega-se – ainda em relação à primeira proposição – todavia, que após verificada a *suppressio*, em razão desta, possa haver abuso de direito.

Se o objetivo da *Verwirkung* é suprir, em prol da justiça material, eventual insuficiência ou impossibilidade de prever legalmente limites decadenciais ao exercício de direitos,¹¹² a natureza de seus efeitos deve ser equiparada à dos efeitos da decadência. Os desta conduzem à extinção do direito.¹¹³ Daí se supõe que a *suppressio* também deva extinguir direitos, e não apenas limitar o seu exercício. Assim, caso incida a *Verwirkung* e extinga-se o direito, qualquer tentativa superveniente de atuá-lo constituir-se-ia, pela inexistência do direito, em um ato que apenas fingiria ser exercício ou que se situaria além do exercício: ato, portanto, ilícito, em sua acepção originária (distinta da de abu-

so de direito – exercício irregular), ou ineficaz.¹¹⁴

Conclui-se, em primeiro lugar, desse modo, que a *suppressio* e o abuso de direito não são apenas dois fenômenos não coincidentes como também unilateralmente excludentes, isto é, se há *suppressio* não pode haver abuso do direito *in suppressio*.

Isso posto, qual seria então o fim da *Verwirkung* especificamente em relação ao abuso de direito? Se a *Verwirkung* extingue o direito em favor da tranqüilidade social, não pretende ela senão evitar que um direito há muito não efetivado volte a sê-lo e, assim, seja-o abusivamente.

Conclui-se, em segundo lugar, que, quanto à presente questão, a função da *suppressio* é prevenir o abuso de direito.

3 CONCLUSÃO

Seguem-se as conclusões relativas ao que se propôs examinar especificamente em cada capítulo.

A *suppressio* processa-se consoante o tridimensionalismo jurídico e consiste em um fato que, quando “colorido” pelo valor segurança, ascende à condição de norma, pela ação jurisprudencial.

As relações jurídicas não são indiferentes ao tempo, já que o Direito – cria-

110 RIPERT. *A Regra Moral...* p. 189.

111 NORONHA, op. cit. p. 169-170.

112 CORDEIRO, op. cit.. 815.

113 Veja Orlando Gomes (GOMES. *Introdução...* p. 495-496 e 505). Analogicamente, também são extintivos, para todos os efeitos, do direito a que se opõem, a cláusula resolutiva e o termo final (cf. arts. 128 e 135, CC/2002).

114 Cf. MIRANDA. *Tratado...* v. 6, p. 80 e 92.

do pelo homem, conforme à natureza humana – delimita-as mediante a decadência. Esta, contudo, marcadamente rígida e geral – pois atualmente depende de dispositivo legal – não satisfaz os anseios por justiça material. Subsidiariamente, colmatando as incompletudes que àquela escapam, recorre-se à *suppressio*, para que esta, flexível e compassiva ao caso concreto, revele o justo onde quer que for chamada.

O princípio da boa-fé, reclamando espaço à moral no racionalismo jurídico, cerca o exercício dos direitos. Exige-lhes a constância e a linearidade minimamente necessárias para que a instabilidade comportamental de cada pessoa não contamine a confiança na ambiência social e desfavoreça ao desenvolvimento regular dos negócios. Desse modo, a boa-fé é a razão, a causa e o instrumento pelos quais a *suppressio* se realiza.

Por esse mesmo motivo – que atribui papel essencial à boa-fé objetiva na “fisiologia” da perda por protraimento – é mais afeito à razão que se trate a *Verwirkung* da perspectiva inversa: da daquele que dela se beneficia e cuja confiança tutela-se pela boa-fé. Adere-se assim à proposta de Canaris e Menezes Cordeiro; aplaude-se a *surrectio*.

Em virtude da coerência explicativa e flexibilidade aplicativa, a *suppressio* é melhor operada (e atinge mais propriamente seu fim) se o for segundo as regras da sistemática móvel: para que se verifique, suas três condições não necessariamente se devem cumular.

Se analisada com rigor, a *Verwirkung* não consiste em uma forma de abuso de direito. Bem pelo contrário, consi-

derada a relação que as vinculam, conclui-se que a sua finalidade não pode ser outra que a prevenção do exercício abusivo dos direitos.

Por último, nada obstante a pergunta inicial desta pesquisa ter sido tão-só a fagulha que a desencadeou e a manteve de pé entre as dificuldades, merece ela evidentemente satisfação: a *suppressio* não pode pertencer à categoria do abuso de direito, porque ambos os fenômenos não coincidem temporalmente e, indo além, a incidência daquela exclui a deste.

REFERÊNCIAS

- ALVES, J. C. M. *Direito Romano*. 4. ed. rev. e acrescentada. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- AMORIM FILHO, A. Critério Científico para Distinguir a Prescrição da Decadência e para Identificar as Ações Imprescritíveis. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 744, p. 725-750, out. 1997.
- AZEVEDO, A. J. de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BRASIL. *Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil*. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BRASIL. *Novo Código Civil Brasileiro: estudo comparativo com o código civil de 1916*. Coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 600 p.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula n.º 166*. É inadmissível o arrendimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do DEL 58, de 10.12.1937. Disponível

- em: < <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em: 14 abr. 2002.
- CARLETTI, A. *Dicionário de Latim Forense*. 8. ed. totalmente rev. e ampl. São Paulo: Universitária de Direito, 2000. 730 p.
- CORDEIRO, A. M. da R. e M. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1997. 1406 p., p. 797-836.
- DINIZ, M. H. *Dicionário Jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v.
- GOMES, O. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ITÁLIA. *Codice Civile, Costituzione della Repubblica Italiana*. Organização Enzo Maria Tripodi. 6. ed. Roma: Buffetti, 2000.
- KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LARENZ, K. *Derecho Civil: parte general*. Madrid: *Rev. de Derecho Privado*, 1978. 872 p., p. 302-303.
- _____. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste, 1997.
- LEAL, A. L. da C. *Da Prescrição e da Decadência: teoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- LIMA, R. C. *Preparação à Dogmática Jurídica*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 1958.
- MARQUES, C. L. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MARTINS-COSTA, J. *A Boa-Fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MIRANDA, F. C. P. de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. *Systema de Sciencia Positiva do Direito*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1922.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- NORONHA, F. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RÁO, V. *O Direito e a Vida dos Direitos*. São Paulo: Max Limonad, 1960. v. 1.
- REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RIPERT, G. *A Regra Moral nas Obrigações Cíveis*. São Paulo: Saraiva, 1937.
- ROUBIER, P. *Théorie Générale du Droit: histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*. 2. ed. rev. e aum. Paris: Sirey, 1951.
- SANSEVERINO, P. de T. V. *Estrutura Clássica e Moderna da Obrigação*. In: MEDEIROS, A. P. C. (Org.). *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 285-311.
- WIEACKER, F. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1993.

Ruy Cirne Lima: Jurista e professor emérito*

Paulo Alberto Pasqualini**

Retorno à velha Faculdade de Direito, nas comemorações do seu centenário, para falar-vos daquele que foi o maior de todos nós: Ruy Cirne Lima, insigne professor de Direito Administrativo desta escola. Venho com minhas recordações, longínquas no tempo, que é irreversível e jamais retorna sobre os seus passos, que permanecem entretanto vivas na memória. Recordações das aulas magistrais, das aulas dadas de improviso em resposta a perguntas momentâneas, formuladas pelos alunos, das prolongadas conversações na antiga sala dos professores desta escola, que manteve viva com sua presença constante, da passagem pela direção da Faculdade, da firmeza com que sempre defendeu seus ideais, da luta pela preservação desta Faculdade, da extrema lealdade para com os amigos e da benevolência para com os inimigos. A lembrança que conservo indelével em meu espírito evoca sempre, em mim, a idéia de amizade, tão

rara em nossos dias, mas tão indispensável ao nosso desenvolvimento interior e à sobrevivência da criatura humana, que é o dom mais precioso a que o homem poderia aspirar.

Como dizia Cícero, graças à amizade, os ausentes estão próximos de nós, os fracos se tornam fortes, e, o que é sua maior realização, os mortos vivem; vivem na piedade, na saudade e nas lembranças de seus amigos. A recordação de Ruy Cirne Lima me acompanha por todos os dias de minha vida, nas horas boas e nos momentos difíceis, sobretudo quando me defronto com este imenso deserto de homens e de idéias que é o Brasil dos nossos dias. Lembro-me de sua visão ampla do direito, da enunciação correta dos conceitos do Direito Público, do seu amor à pátria, da sua defesa intransigente dos valores da nacionalidade e da sua enorme bondade intelectual para com os insipientes. O tempo passou celeremente e com

* Conferência proferida por ocasião das comemorações do Centenário da Faculdade de Direito da UFRGS.

** Professor aposentado da Faculdade de Direito da UFRGS.

o seu decurso constatamos obra de destruição da maioria dos valores que para nossa geração desfrutavam de certeza apodíctica. O saber foi substituído pela improvisação, a verdade pela incerteza, o espírito público e o civismo pelo cinismo e pela falsidade e os valores da nacionalidade se perderam ou estão desgarrados diante dessa onda de modernidade ignara, que se apossou de tudo e de todos.

Mas a lembrança imarcescível daqueles que já se foram continua a nos indicar o caminho seguro da retidão e dos verdadeiros valores que fazem do homem um ser que tende à solidariedade e à superação de suas deficiências, pois como dizia Maurice Blondel,¹ eles são solidários na sua deficiência e parecem ligar-se uns aos outros para se elevarem ao alto.

Essa visão do apelo à transcendência, Ruy Cirne Lima a conservou por toda a sua existência, inclusive nos momentos iniciais de uma longa agonia, que se prolongaria por anos a fio, até que seu espírito tivesse abandonado definitivamente seu corpo, que ainda permanecia vivo. Esse é um dos paradoxos desta vida, como muito bem sentiu Marco Aurélio, nas suas *Meditações*, quando nos advertia de que mesmo que o homem viva uma longa vida, nada nos garante que o pensamento e a lucidez nos acompanharão até o final dos nossos dias.

Em página memorável, escrita no seu *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*, Ruy Cirne Lima nos legou, na essência, a idéia que dominou toda a

sua existência, a idéia do apelo irresistível do Absoluto, presença constante e inarredável na vida humana. Dizia ele: “Só Deus é absoluto. Mas, de outra parte, em tudo que é relativo, ressoa, o apelo do Absoluto, o arrebatador apelo da perfeição essencial. Ao toque desse estímulo transcendente, o universo se transfigura: das profundezas da matéria aos altiplanos do espírito, todas as finitudes da Criação, todas as deficiências dos seres relativos, parece que se articulam e se entreampam, num gigantesco esforço solidário, para se aproximarem, os seres relativos, do Ser Absoluto, a Criação finita, do Criador infinito. Quando compreendemos que a matéria é o que é vitalizável; a vida, o que é espiritualizável; o espírito, o que, nalguma medida e por obra da graça, é deificável, compreendemos, também, ao mesmo tempo, todo o mistério e toda a grandeza desse esforço ascensional, em resposta ao apelo da perfeição. O apelo vem-nos do alto, o irresistível apelo da causa final. Porque a finitude é um limite, e não um convite a ultrapassar todos os limites; a relatividade, uma deficiência, e não um transbordamento, de inesgotável superabundância. Só o apelo do Absoluto, só o chamamento do Infinito poderia arrebatá-lo a universo todo, nesse maravilhoso surto, da matéria para a vida, da vida para o espírito, do espírito para Deus.

Na vasta estrutura da Criação, que tende, com todas as suas forças, a elevar-se a Deus, em nenhum ponto, contudo, a tensão desse esforço, para o alto, é mais forte e contínua do que nas rela-

1 BLONDEL, Maurice. *L'Être et les Êtres*. Paris, 1935. p. 147.

ções, que ligam os seres entre si, unindo-se como sustentáculos, uns dos outros, nessa incessante progressão solidária.

O Direito é uma dessas relações: e por isso, vibra constantemente ao influxo dessa tensão, que revela, ao mesmo tempo, a existência de Deus, distinta das criaturas, e o elam universal, com que, em resposta ao apelo divino, toda a Criação se lança, por sobre o vácuo desse dualismo, ao encontro de Deus. O direito é uma relação num universo relativo: uma relação de justiça”²

Transcrevo propositalmente essas palavras de imensa beleza literária para demonstrar, numa síntese perfeita, sua concepção filosófica e jurídica fundamental, que domina todo seu imenso trabalho como pensador e jurisconsulto: visão dualista do universo, em que Deus está no centro, com seu apelo fundamental a todas as criaturas; criação divina; solidariedade entre as criaturas; apelo essencial da transcendência; direito como relação de justiça num universo relativo; justiça que eleva o direito até o conspecto de Deus; impossibilidade de considerar o direito de outra forma. Ou ele representa uma relação de justiça num universo relativo, que aspira à transcendência, ou deixará de ser direito, tornando-se instrumento da força, dos eventuais detentores do poder ou de minorias espertas, que o utilizam como forma de opressão dos semelhantes. Ou o direito é uma relação de justiça, ou perderá seu elam fundamental, tornando-se instrumento da força e de desumanidade. Segundo Cir-

ne Lima, Deus é o arquétipo absoluto da justiça. Com justa razão, enxerga na norma jurídica de direito objetivo, mandamento de razão e de vontade, que se dirige à razão e à vontade do homem. O ser humano não vive, entretanto, só nesse universo. Acompanham-no todas as formas de vida e os seus semelhantes. Por essa razão, todas as ações e reações humanas ligam-se ao fim último do homem. Há uma ligação moral do ser humano com o universo inteiro, que dele exige comportamentos solidários, atitudes de desprendimento e ação informada permanentemente por um imperativo categórico.

Poderá parecer paradoxal, mas Ruy Cirne Lima, que professava pensamento tomista, profundamente atraído pelas reflexões transcendentais de Maurice Blondel, tinha especial admiração por Kant, sobretudo pela *Crítica da Razão Prática*, em que o filósofo das três Críticas estabelece como postulados fundamentais da razão prática, primeiro a existência de Deus, segundo a imortalidade da alma, terceiro a liberdade do homem.

Retornando sobre os passos até agora seguidos, posso, num retrospecto do que passou, visualizar a extraordinária coerência entre o pensamento e a ação de Ruy Cirne Lima. Talvez o destino me tenha colocado numa posição singular para contemplar a perfeita sintonia entre sua conduta de homem e de jurisconsulto, com as idéias que professava.

Fui seu aluno no ano de 1959, 5º ano letivo de acordo com o antigo currícu-

2 LIMA, Ruy Cirne. *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*. s.l.: s.ed., 1953. p. 215-216.

lo da Faculdade de Direito. Já o conhecia há tempo, devido a estreitas relações familiares. Tinha sido colega de meu tio, Alberto Pasqualini, nesta Faculdade, pertencendo ambos, juntamente com Vicente Marques Santiago, Elói José da Rocha, Elpídio Ferreira Paes, Eli Costa e Mem de Sá, à turma de bacharéis de 1928, que colou grau em 20 de abril de 1929. Menciono apenas a esses, porque todos foram professores desta Faculdade. Recordo-me, ainda hoje, da esplêndida aula que proferiu em 20 de abril de 1959, data em que completava 30 anos de formatura. Inicia indagando sobre o que era verdadeiramente o direito. Mero conjunto de palavras, algumas vazias, outras de expressão apenas formal? Relembra as palavras de Paul Valéry, o grande poeta francês, e a sua desilusão do direito, embora fizesse apologia da Justiça:

Je te soutiens, admirable justice
De la lumière aux armes sans pitié!

(Le Cimetière Marin).

Faz um excursão sobre as diferentes concepções, que procuram um fundamento último para a ordem jurídica. Enquanto as palavras fluíam, nós, estudantes que recém chegávamos ao último ano do curso, com as naturais limitações doutrinárias que nos caracterizavam, contemplávamos, num silêncio quase reverente, as disquisições filosóficas daquele nosso professor que despertava em todos, a um tempo só, admiração, respeito e temor pela distância que o separava de nós, pela imensa erudição jurídico-filosófica. Mais para o fim daquela brilhante exposição

sobre o sentido último do direito, nosso professor relembra a figura de José de Arimatéia, o justo juiz, que se negou, juntamente com Nicodemos a condenar Cristo no Sinédrio, a quem São Lucas denomina de “homem bom e justo” (Lucas, 23, 50, 51), por não ter concordado com a condenação de Jesus e por ter pedido o corpo para o governador Pôncio Pilatos, comprando o campo de um oleiro para lhe dar sepultura. Depois desses fatos, narra-nos a lenda, segundo a qual José de Arimatéia, teria partido de Jerusalém, de posse do cálice da última ceia, percorrer a África do Norte até o estreito de Gibraltar, ali atravessara o mar Mediterrâneo, passara do continente europeu em direção à Britânia e terminara a sua peregrinação num lugarejo ao sul da Inglaterra, hoje chamado de Glastonbury, onde teria fincado seu cajado, que se transformou no Holy Thorn, o espinheiro santo, que hoje existe junto às ruínas da abadia de Glastonbury.

Ao final da aula, nos dava a mensagem fundamental de que o direito só tem sentido se for um instrumento para realizar a justiça e de que todo o homem deve ter essa vocação, revelada por José de Arimatéia, de perseguir sem desfalecimento e sem vacilações, a justiça. O direito nada seria se não houvesse o homem bom e justo a que S. Lucas faz referência em seu evangelho.

Ao terminar a preleção, justifica o porquê daquela belíssima disquisição histórico-filosófica sobre o direito e a justiça, afirmando que, naquele dia, completava 30 anos de colação de grau, em que prometera solenemente, patrocinar a justiça e jamais faltar à causa

da humanidade (*humanitatis causae nunquam defuturus*). Por que naquele dia? Explicava que a formatura tinha sido adiada porque o orador da turma, Alberto Pasqualini, estava acamado em dezembro de 1928, e só pôde estar restabelecido em abril de 1929. Fez menção a que naquela ocasião, como agora – estávamos em 1959 –, o seu querido colega, padecia do mesmo sofrimento que o acabaria levando deste mundo em 1960.

Lembrei-me, então, da edição dos *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, de 1954, que tinha em meu poder e que pertencia a Alberto Pasqualini, na qual tinha apostado dedicatória afetuosamente, acompanhada de uma carta, que entre outras coisas, dizia o seguinte:

Caro Pasqualini.

Recebi tua carta, em que te congratulas com os pequenos êxitos deste professor de província, teu colega.

Justo orgulho temos nós, teus colegas de turma, de ti, pela fidelidade que tens demonstrado ao ideal de uma sociedade mais justa e humana e pela serenidade com que tens enfrentado as incompreensões inevitáveis e as lutas estrênuas em favor desse ideal.

A carta era de fins de outubro de 1954, mês em que Alberto Pasqualini acabara de perder pela segunda vez, a eleição para o Governo do Rio Grande do Sul. Somente a generosidade e a extrema sensibilidade moral de Ruy Cirne Lima é que poderiam, de forma sintética e lapidar, expressar a solidariedade e a compreensão de que o amigo

e colega tanto necessitava naquele momento, em que sofria mais uma derrota eleitoral. Era Lucas, ao falar de José de Arimatéia.

Essa conduta do homem bom e justo foi a expressão invariável da atuação de Ruy Cirne Lima neste mundo. Bastaria lembrar sua veneração pelo professor Walter Jellinek, tão bem expressa em nota ao § 5º dos *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, em que afirma: “Walter Jellinek, professor em Heidelberg, herdou de Georg Jellinek, com o sangue e o nome, o gênio da jurisprudência. Mestre insigne, de suas lições largamente aproveitamos.”³

Subjaz a esse curto elogio todo um relacionamento, que perdurou por anos, entre o prof. Ruy Cirne Lima e o prof. Walter Jellinek. Jellinek foi perseguido terrivelmente pelo nazismo. Nos últimos tempos da guerra foi reduzido à condição de fiscal de quarteirão, já que lhe haviam proibido lecionar na Faculdade de Direito de Heidelberg. Durante a fase mais dura da guerra, o professor Ruy Cirne Lima lhe fez chegar, por intermédio da Cruz Vermelha internacional, toda a sorte de ajuda material. Ao findar o conflito, Walter Jellinek, lhe escreveu agradecendo a generosidade do auxílio, dizendo que sem ele não poderia ter sobrevivido à guerra. Pouquíssimas pessoas sabem desse fato, mas é chegada a hora de proclamá-lo, para demonstrar que o sentimento de solidariedade e de justiça, que o prof. Ruy Cirne Lima professava, não se resumia ao simples enunciado de palavras, mas se traduzia numa constante

3 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*. 1954. nota 6.

ação em prol de amigos que necessitavam de seus préstimos e numa generosidade permanente, que se endereçava a todos os seres humanos.

Num mundo em que os bons caracteres estão progressivamente desaparecendo, Ruy Cirne Lima desponta como homem de caráter exemplar. Sua disposição permanente de alma para praticar o bem, para defender as causas justas e combater o bom combate, nos recorda a afirmação perene, feita por Kant, segundo o qual nada possivelmente pode ser concebido, no mundo ou fora dele, como o bom caráter. Bom caráter supõe lealdade para com seus amigos, discípulos e colegas de profissão e magistério. Bom caráter significa firmeza na defesa de um ideal. Bom caráter significa ação inabalável em defesa das instituições e das tradições mais caras da pátria. Bom caráter representa abertura permanente de alma para a humanidade.

Esta Faculdade de Direito muito deve ao bom caráter do professor Ruy Cirne Lima. Tive a oportunidade de acompanhar a luta estrênuo que travou com a burocracia acadêmica para preservar a Faculdade, seu currículo, seu prédio, suas tradições, seu passado e seu futuro. Não foi tarefa fácil digladiar-se, em meio às intrigas que medravam como erva daninha num governo de exceção, com adversários impenitentes, intrigantes e mal intencionados. Providências eram tomadas que só tinham em seu favor a vesânia e a mais absoluta falta de bom senso. Como dizia René Descartes, o bom senso é a coisa mais bem dividida que há no mundo, pois cada qual pensa estar dele tão bem provido,

que mesmo aqueles mais difíceis de contentar em qualquer coisa, não têm por hábito desejar mais bom senso do que já possuem. O bom senso tentou fazer e chegou a produzir estragos consideráveis nesta Universidade, sob o pretexto de operar a reforma do ensino. Nosso país, desgraçadamente, se alimenta, permanentemente, de reformas. Dir-se-ia que somos filoneístas por vocação perpétua. Sempre se está reformando alguma coisa, ou operando a reforma da reforma. A reforma da universidade, contra a qual tanto lutou o professor Cirne Lima, no que concerne à Faculdade de Direito, trouxe absurdos que até hoje produzem resultados duvidosos. Como sempre, a tendência reformista dominante granjeou adeptos em quantidade, principalmente entre os que cortejam o poder e não sabem ter uma postura vertical em sua vida. Contra esses homens e contra essas falsas idéias o prof. Cirne Lima lutou bravamente. Não pôde vencer uma onda avassaladora que se formou, mas conseguiu, pelo menos, refrear certos ímpetus reformistas, que visaram a destruição completa dos cursos jurídicos. Esse é, na verdade, o destino dos grandes jurisconsultos, desde a Roma antiga, de se defrontarem com os donos momentâneos do poder, de lutar pela justiça, de propugnar pela compreensão racional do direito e de terminar, não raro, oferecendo sua saúde e sua vida em defesa de suas convicções. A história revela o exemplo inolvidável de amor ao direito e às causas justas de Aemilius Papinianus. Buckland refere que foi Praefectus Praetorio de Septimius Severus. Foi Praefectus, ainda, na cidade

de York, a antiga Eburacum dos romanos, ao tempo em que o futuro *Princeps* comandava a Britânia e se caracterizava por sua aversão mais completa a todas as formas de falsidade, de astúcias e de sutilezas capciosas dentro do direito. Terminou morto por ordem de Caracalla, filho de Septimius Severus, por se negar a justificar a morte do irmão do mesmo Caracalla, de nome Geta, fiel à memória do pai de ambos, que lhe recomendara especialmente, antes de morrer, a proteção dos dois irmãos. Foi um dos grandes jurisconsultos romanos, assim como Ulpiano, que também morreu nas mãos dos pretorianos e como o maior de todos, Salyvio Juliano, que teve a fortuna de viver durante os reinados de Adriano, Antonino Pio e de Marco Aurélio.

O destino dos jurisconsultos de absoluta integridade moral nem sempre é lisonjeiro. Não raro, a fidelidade às convicções, o amor à justiça e o confronto inevitável com os eventuais e passageiros detentores do poder, ou de algum poder, lhes acarreta o ostracismo e muitas vezes, no curso da história, o último sacrifício, que é a entrega da própria vida. Se as formas mais violentas de reação à independência, ao destemor e à defesa do ideal da justiça foram progressivamente sendo eliminadas pela evolução da civilização, isso não significa que a repulsa aos juristas independentes e fiéis aos seus princípios morais seja menor em nossos dias. As formas de condenação, de remoção e de oblvio são mais sutis, mas não menos eficientes do que as de outrora. Se é verdade que sempre haverá um jurisconsulto áulico para justificar os abu-

sos do poder, também é verdade que um número incontável será perseguido e abandonado à margem do caminho trilhado pela prepotência, pela ignorância e pela sede insaciável de poder e de riqueza, que caracteriza o tempo em que vivemos.

Não foi apenas na administração da vida acadêmica que Ruy Cirne Lima se defrontou com o irracionalismo que se desenvolveu na segundo metade do século XX e que atinge seu zênite na atualidade em que vivemos. Suas lutas como membro do Conselho Universitário e como Diretor desta Faculdade constituem, sem dúvida alguma, página gloriosa de um jurista que soube ser fiel às suas convicções e não se submeter, como tantos outros, às imposições de governos autoritários, manobrados por intrigantes áulicos, dominados pela subserviência. Coube-lhe, também, a tarefa difícil de realizar passagem breve pela vida pública, primeiro como Secretário da Fazenda do Estado do Rio Grande do Sul, com brilhante gestão das finanças estaduais, depois como candidato das oposições ao Governo do Estado, no ano de 1966. Sua candidatura, vitoriosa que seria segundo as regras legais estipuladas para a efetivação do pleito eleitoral, foi ceifada pela arbitrariedade de um Presidente da República, que aparentara convicções democráticas para promover a derrubada de um Presidente eleito, mas que revelou sua verdadeira face ao assumir o poder, cedendo sempre às injunções das figuras extremadas do movimento revolucionário para ficar com o poder e rejeitar as idéias que professara. Pela ação violenta desse Presidente, que cassou manda-

tos, suspendeu direitos políticos e removeu todos os obstáculos que se antepunham aos seus desígnios mesquinhos, Ruy Cirne Lima deixou de ser Governador do Estado. Mas ficou em boa companhia no conspecto da história, pois está na galeria dos rejeitados, onde convive com algumas das maiores inteligências que o Rio Grande do Sul produziu neste século: Joaquim Francisco de Assis Brasil, João Neves da Fontoura, Maurício Cardoso, Alberto Pasqualini e Oswaldo Aranha. Certamente a companhia é bem superior à de alguns dos que foram eleitos, não raro por manobras ardilosas, em conúbio com interesses duvidosos, ora provenientes das imposições castrenses, ora decorrentes de inspirações piores, emanadas de interesses econômicos subalternos. Melhor ficar com suas convicções do que, no governo, atuar como empregado de grupos econômicos ou como figura servil, que não tem olhos para o interesse público, mas só para os interesses duvidosos, às vezes inconcessáveis, de facções espúrias.

O prof. Ruy Cirne Lima representa o exemplo inequívoco de como o Rio Grande virou as costas às suas melhores inteligências e recorreu à insciência, à subserviência e à falsidade para reger seus destinos. João Neves da Fontoura, aluno laureado desta escola, nas suas *Memórias*, vol. 2º, registra essa peculiaridade infeliz não só do Rio Grande, mas do Brasil e manifesta otimismo com o futuro. Assim se expressa: “O Brasil terá de sair desta era obscura. Todos os povos a atravessaram, e poucos como o nosso dispõem de tantas e de tão maravilhosas possibilida-

des”. Não compartilho do otimismo de João Neves, embora lhe reconheça méritos extraordinários como estadista, jurista e escritor. O que se tem visto é a deterioração constante e progressiva dos valores da cultura e do espírito, em proveito do oportunismo, do cinismo e de uma falta de cultura e de honradez que a todos deixa perplexos. Talvez João Neves tenha razão, mas sua razão não será vista em nossos dias, tampouco nos dias de nossos filhos. Trata-se, aparentemente, de visão milenar, que transcenderá em muito a vida das próximas gerações.

O prof. Ruy Cirne Lima, por sua vida e suas obras, nos faz recordar o pensamento desenvolvido, por Henri Bergson naquela que talvez seja a principal de suas obras: *Les Deux Sources de la Morale et de la Religion*. À visão restritiva de uma sociedade baseada no instinto, a sociedade fechada, Bergson opõe a de uma sociedade aberta, em que desponta o amor à humanidade e a solidariedade fundamental que deverá unir todo o gênero humano. Embora não fosse religioso, reconhecia que é somente por intermédio de Deus, e em Deus, que a religião convida o homem a amar o gênero humano. Da mesma forma, é somente por intermédio da razão, na razão pela qual nos comunicamos com todos, que os filósofos nos fazem contemplar a humanidade para nos demonstrar a eminente dignidade da pessoa humana e o direito de todos ao mais profundo respeito. Para a realização dessa sociedade aberta são necessários os homens excepcionais, nos quais a moral da solidariedade e do imperativo categórico se encarna. A in-

teligência deverá estar subordinada a preceitos altruístas e ao amor da humanidade para que se realize a obra de abertura da sociedade. Um ser inteligente, à procura daquilo que representa exclusivamente o seu interesse pessoal, terminará fazendo, sempre, o oposto do que reclamaria o interesse geral. Se o ideal da humanidade, para sobreviver, é o de uma sociedade aberta, não no sentido dessa globalização mesquinha que abastarda nossos dias, mas no sentido de uma sociedade que envolva num gesto de fraternidade toda a humanidade, é indispensável a atitude da alma aberta, que é o oposto da alma fechada nos seus interesses e restrita no seu horizonte. A alma aberta abraça no seu elam a toda a humanidade e fundamenta sua ação no amor. Dizia Bergson, com profunda acuidade que “La charité subsisterait chez celui qui la possède, lors même qu’il n’y aurait plus d’autre vivant sur la terre”.⁴ Mesmo que sobrevivesse um só homem nesta terra, numa alma aberta, proveniente de uma sociedade aberta, a caridade e o amor deveriam subsistir, por imperativo divino ou de razão, para que a reconstrução do mundo fosse viável.

Essa visão do mundo dominou o pensamento e a ação de Ruy Cirne Lima. Alma de escol, aberta à humanidade, inspirado sempre na caridade que tanto acalentava em seu íntimo, trouxe essa concepção, em parte religiosa, em parte filosófica, para seus estudos jurídicos, que se caracterizam por uma visão abrangente do mundo, por erudição invulgar em nossa vida acadêmica, por

uma unidade de pensamento, que vai dos fundamentos até as conseqüências últimas do direito. Por isso, vale o esforço de reviver os diferentes temas, por ele repensados, com a modéstia dos verdadeiros sábios e com a compreensão de que, na verdade, pouco poderemos acrescentar aos conhecimentos já acumulados no decorrer das gerações. O que podemos é reelaborar o que já foi pensado, pois, como dizia Goethe, embora todo o inteligente já tenha sido pensado, deve-se procurar pensá-lo ainda uma vez. (*Máximas e Reflexões*, n. 441).

O pensamento jurídico-filosófico de Ruy Cirne Lima forma um todo, que vai de largas incursões no campo da filosofia do direito e da epistemologia jurídica e no das províncias do direito objetivo, vizinhas ao Direito Administrativo até o âmago dessa disciplina. Mas sua investigação tinha caráter nitidamente heterodoxo, pois se apoiava, em larga medida, no Direito Romano, de forma preferencial. No Prefácio do *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*, Cirne Lima confessa que essa orientação foi “imposta pela necessidade de libertar-nos do preconceito, segundo o qual, no limiar do Direito Público, cessam, como por ablação, as categorias jurídicas, comuns a todas as partições e subdivisões do direito positivo”. “Aceita, porém, a noção oposta, nenhum terreno de experimentação e contraste poderia ser-nos mais adequado do que o Direito Romano, ao qual a imprecisão dos lindes, entre as divisões do direito positivo, confere uma unila-

4 BERGSON, Henri. *Les Deux Sources de la Morale et de la Religion*. 1961. p. 34.

teralidade orgânica, alhures difícil de se nos deparar”.

Ouve-se, nas palavras de Ruy Cirne Lima, a reprodução das afirmações dos romanistas, que viam no direito sobretudo a expressão do Direito Privado, em que se sobressaía o *Jus Civile*. W.W. Buckland, ao referir-se à divisão do Direito Privado, adotada por Justiniano, cita as *Institutas*, em que é dito que “Omne ius quo utimur vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.” O mesmo se pode afirmar das palavras de Herbert Felix Jolowicz⁵ ao referir-se ao *Jus Civile* como sendo a única lei dos romanos. Dois grandes romanistas⁶ – Buckland e H.F. Jolowicz confirmam a tese defendida por Ruy Cirne Lima. Em oposição a sua tese, situa-se o pensamento de Fritz Schulz,⁷ nos *Principles of Roman Law*, em que sustenta que o princípio da *Isolation* funcionou no Direito Romano, para estabelecer uma separação nítida entre o Direito Público e o Direito Privado (D. 1.1. I. 2 – “Publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem”. O Direito Público, segundo Schulz, era o direito que regulava as relações legais do “Populus Romanus”; sempre que o Estado romano fosse o sujeito de uma relação de direito, ela era retirada da esfera do Direito Privado e submetida ao Direito Público”. Embora Fritz Schulz reconheça a pobreza da literatura sobre o Direito Público em Roma, não lhe nega autonomia e estabelece rígida separa-

ção e isolamento entre o Público e o Privado. Mas reconhece que a tendência romana de esvaziar o direito de conteúdos políticos, econômicos, sociais, éticos e religiosos, dominou o direito por milênios, vindo, na Alemanha do século XIX, a alcançar grande triunfo com a obra do dr. Paul Laband, intitulada *Staatsrecht* – O Direito Público do Império Alemão – em que o método do isolamento, praticado pelos romanos, foi largamente utilizado.

Feita essa breve digressão, retorno à linha axial da exposição, para demonstrar o caráter lógico e sistemático do pensamento do nosso homenageado, que parte do conceito de Estado para fundamentar toda a estrutura de sua obra. Vai buscar nos gregos a idéia básica, que é a de que o Estado representa uma exigência lógica do ordenamento jurídico. Não é o Estado que cria o Direito, mas o Direito que chama o Estado à existência. Em Aristóteles encontra a afirmação de que o ordenamento jurídico dispõe-se segundo o desenvolvimento lógico do conceito de justiça, comutativa quanto às relações dos indivíduos entre si, distributiva quanto às relações da coletividade para com os indivíduos e legal quanto às relações dos indivíduos para com a coletividade. O Estado, chamado à existência pelo Direito, é essencial ao conceito de Justiça, porque somente o Estado, como pessoa, consegue elevar o indivíduo à condição de pessoa, com a dignidade que o conceito encerra. Concedido que

5 JOLOWICZ, Herbert Felix. *Historical Introduction to the Study of Roman Law*. 1978. p. 102.

6 BUCKLAND, W. W. *A Text Book of Roman Law from Augustus to Justinian*. 1966. p. 56.

7 SCHULZ, Fritz. *Principles of Roman Law*. p. 27.

o Estado seja uma exigência lógica do ordenamento jurídico, o que seria o Estado? Um *ens rationis*? Não, responde Cirne Lima. O Estado é uma entidade real: é uma relação que, com ser jurídica, domina e governa propósitos e atividades não jurídicas dos indivíduos. Ao procurar a definição do Estado, Ruy Cirne Lima vai encontrar na filosofia estoica, particularmente em Cícero, a definição perfeita e acabada, reconhecida pelos tempos afora por todos os filósofos e jurisconsultos: *Coetus multitudinis juris consensu ... sociatus* (Multidão de homens ... estabelecida debaixo do império da lei). Essa definição é a mesma nos tempos seguintes, de Santo Tomás a Immanuel Kant, e representa ponto pacífico na história das idéias sobre o Estado. Neste século, Francesco Ferrara, por quem o professor Ruy Cirne Lima nutria especial admiração, manifestou juízo idêntico, visualizando, porém, a questão em sentido inverso, ao afirmar: “Certo la forza d’impero dello stato riposa in ultima analisi sull’acquiescenza del popolo soggetto.”⁸ Ninguém nega que o Estado seja uma reunião de homens, estabelecida debaixo do império da lei. Houve quem negasse a existência do Estado, quem tivesse previsto o seu desaparecimento, como Friedrich Engels, no seu livro *Anti-Dühring*, mas a diferença específica do império da lei não é contestada, uma vez admitida a sua existência, distinta do Direito, pois há aqueles que, como Kelsen, identificam o Direito com o Estado.

O segundo tema de sua reflexão é o da divisão do direito em Público e Pri-

vado. Nessa questão, aparece a primeira contribuição original de Ruy Cirne Lima, que, baseado nas disquisições romanas, propõe nova definição para o Direito Público, assim expressada: “Normação jurídica específica, cujo conteúdo há de dizer respeito, simultaneamente, e de modo imediato, à essência do direito e à essência do Estado”. O Direito Público é constituído pelas normas reputadas por estruturas da ordem jurídica, que, ao mesmo tempo, se referem à essência do Estado. De outra parte, as normas que constituem expressão da essência do direito, são orgânicas do Estado e se relacionam com sua essência. Cirne Lima, com essa nova definição do Direito Público prolonga o seu ensinamento sobre a íntima relação entre o Direito e Estado, para demonstrar que tudo quanto disser respeito, de modo imediato, à essência do Direito e à essência do Estado, é público e as normas respectivas constituem Direito Público.

O terceiro tema não constitui concepção original, mas representa o aproveitamento atual de uma velha idéia, de autoria do glosador Rogério, cujos trabalhos foram descobertos no Museu de Londres por um jurista alemão, Herman Kantorowicz, em que Rogério postulava que o costume não revoga a lei escrita, pois antes a coloca no exílio. As palavras são inequívocas: [...] *sed ipsam legem potius in desuetudinem et quase in exilium mittid* [...]. A consequência é a de que, desaparecido o costume, a lei escrita volta a ser aplicada em plenitude. Ao predomínio material

8 FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile Italiano*. Roma, 1921. p. 7.

do costume não se ligaria também um predomínio formal. Formalmente, o costume jamais poderia revogar a lei escrita, embora, materialmente, pudesse prevalecer sobre ela no seu conteúdo.

O quarto tema relevante de sua aquisição é constituído pela Relação de Administração, que é uma construção original e genuína do grande mestre do Direito Administrativo. A idéia de uma relação jurídica que se constitui ao influxo de uma finalidade cogente, embora o direito já conhecesse relações desse tipo, estruturadas *more objectivo*, é original na medida em que o prof. Cirne Lima a colocou como centro de sua concepção do Direito Administrativo. Toda a elaboração doutrinária do Direito Administrativo está estruturada tendo como fundamento a Relação de Administração. Nos *Princípios de Direito Administrativo* afirma peremptoriamente que a “base última da construção sistemática de nossa disciplina não é a noção de direito subjetivo, senão a de relação de administração” (§ 6º, p. 55). A inspiração finalística remonta, manifestamente, a Aristóteles.

A partir dessa observação fundamental, surgem outras contribuições originais, que o tempo não apagou e que constituem para os estudiosos do Direito Administrativo, pontos de referência obrigatórios no exame da história dos conceitos dessa disciplina jurídica, na sua Parte Geral. A separação dos *Princípios de Direito Administrativo* em duas partes, uma Geral e outra Especial, encontra sua inspiração fundamental em Otto Mayer, no livro que escreveu em francês sobre o Direito Administrativo alemão: *Le*

Droit Administratif Allemand. Na Parte Geral, a primeira idéia que brota do exame dos elementos que constituem a relação jurídica administrativa é a da pessoa jurídica como relação de direito. Original é a conceituação de pessoa jurídica, formulada por Ruy Cirne Lima: “É uma relação de direito, estabelecida entre duas ou mais pessoas, para a unificação e, não raro, para a perpetuação em unidade, quanto a bens comuns e atos determinados, das virtualidades jurídicas ínsitas na capacidade de agir de cada uma” (Ob. cit. § 8, n. 4, p. 63). Original também é a denominação das pessoas jurídicas de direito público, prepostas, de modo imediato, à atividade de administração pública. As três formas estruturais da personalidade jurídica, compreendendo as corporações, as fundações e os estabelecimentos públicos Cirne Lima as buscou no Direito Administrativo alemão, em que desde Otto Mayer a E. Forsthoff e Hans Julius Wolff é noção pacífica e indiscutível.

Já na etimologia da palavra *persona*, que provém do verbo latino *personare*, que significa ressoar, e, primitivamente, a máscara com que os atores cobriam o rosto, cuja boca era disposta para aumentar a voz, a fim de poder ser distintamente ouvida em todos os pontos dos vastos anfiteatros, aparece a investigação sugestiva e original. Da máscara, a palavra *persona* passa a significar o caráter representado pelo ator, depois ao papel que cada um de nós representa na grande cena do mundo; finalmente, vem a representar a significação técnica que lhe emprestam os juriconsultos.

Mas a máscara, que se chamava de *persona*, significava primitivamente a plenitude e a perfeição do homem, medidas segundo a sua semelhança com Deus. A dupla asserção, segundo Cirne Lima, que aí se formula, da individualidade humana e da sua essencial afinidade com o Criador, traduz-se entre os povos primitivos, pela máscara sagrada, tão viva e expressivamente como, hoje, pela noção de pessoa.

Tal é o sentido profundo do símbolo que informa, pela definição nominal, a noção de pessoa. Pessoa é a plenitude, a perfeição do homem, comparado a Deus. Mas a idéia de plenitude e de perfeição são aplicadas não apenas ao homem, mas referidas à própria sociedade, mais do que ao indivíduo. A noção de pessoa começa a denotar, em seu conteúdo, o predomínio das posições sociais do homem sobre a simples postulação de sua individualidade. Cícero afirmava que: “tres personas unus sustineo summa animi aequitate, meam, adversarii, judicis.”⁹

A noção de pessoa, segundo Cirne Lima, estende-se, através do indivíduo, para além do indivíduo; ao lado da *singularis persona*, surge a entidade transindividual a que chamamos de pessoa jurídica.

Pessoa, segundo Cirne Lima, é um modo de ser face aos outros. A personalidade não esgota o ser, antes é uma das manifestações do ser. Por isso, Cirne Lima vai buscar nos teólogos, que investigavam a questão da Santíssima

Trindade, o fundamento para explicar a noção de pessoa, e mais particularmente, a de pessoa jurídica. Na teologia cristã Deus é, ao mesmo tempo, uno e trino, porque as três pessoas, que são manifestações do seu ser, não lhe esgotam o ser divino. Daí o conceito teológico, segundo o qual *Personae divinae relationibus constituuntur*. As pessoas divinas são constituídas por relações. Ainda no sentido teológico, a relação é a disposição de dois termos, segundo uma ordem determinada. Há uma relação entre o Pai e o Filho e o Pai e o Espírito Santo. Tanto o Filho quanto o Espírito Santo, respectivamente nasce e procede de Deus. A teoria da personalidade jurídica, na visão de Cirne Lima e na de Pietro Bonfante, tem sua origem nos sutis e engenhosos teólogos que investigaram a Santíssima Trindade. Assim, à semelhança das Pessoas divinas, que não esgotam o ser de Deus, a entidade transindividual, dentro do direito, é definida como relação. A pessoa jurídica é uma relação de direito, estabelecida entre duas ou mais pessoas, para a unificação e, não raro, para a perpetuação em unidade, quanto a bens comuns e atos determinados, das virtualidades jurídicas, ínsitas na capacidade de agir de cada uma.

Transpondo a noção de pessoa jurídica para o Estado moderno, Cirne Lima observa, com notável pertinência, que ele “continua a tradição romana da pluralização da autoridade, pelas personificações. Ao lado do Estado propriamente dito, ressurgiu o Fisco; e se a personalidade jurídica do *populus*

9 CÍCERO. *De Oratore*. Lib. 2, cap. XXIV.

romanus desapareceu, a personalidade jurídica da Nação tomou-lhe o lugar”. Todas essas inúmeras pessoas administrativas que compõem o Estado entre nós, desde a União Federal, passando pelos Estados-membros, por milhares de Municípios e de autarquias constituem manifestações da personalidade jurídica, da entidade transindividual de direito público, tanto as de natureza política e existência necessária quanto as de natureza meramente administrativa e existência contingente.

A pessoa jurídica é uma relação de direito. Como relação, novamente se socorrendo dos ensinamentos de um grande teólogo – Duns Scot – nosso homenageado nos diz que já aquele notável filósofo e teólogo nos dizia que *Non videtur inconveniens procedere in infinitum in relationibus; dictum est... quod relatio fundatur super relationem sicut proportionalitas super proportionem*.

Como relação, a pessoa jurídica se presta à multiplicidade, de que o Direito Administrativo nos dá testemunho, ora criando, ora extinguindo pessoas administrativas. O certo é que, se algumas são extintas, novas são criadas, adaptadas às exigências e às necessidades dos novos tempos.

Um fato é incontestável, no dizer de Cirne Lima: “Nunca uma só personalidade bastou à comunidade política, nem à mais unitariamente organizada. Valha como exemplo o Estado romano [...]”. Estado romano que tinha nos *Municipia*, nos *vici* e nas *societates publicanorum*, reguladas pelo Direito Público, segundo Fritz Schulz, pessoas jurídicas equivalentes às inumeráveis pessoas que compõem o nosso controvertido e

complicado Estado brasileiro da atualidade.

Sua contribuição ao estudo do Direito Subjetivo é, também, original e relevante. Nesse, como em outros temas, sua concepção filosófica, que o liga ao tomismo, está presente. O Direito é uma relação de justiça num universo relativo. Em Deus, porém, a justiça é uma pessoa. Ele é a Justiça. O direito, enquanto referido ao Absoluto, é sempre subjetivo, essencialmente subjetivo, pois é uma pessoa. No próprio Direito Objetivo está a marca dessa subjetividade essencial. A lei, que lhe é a expressão genérica, traz, na própria etimologia da palavra, o sinal indelével da subjetividade essencial do Direito. *Lex* provém do sânscrito *lag*, que significa *pôr*. A lei é a ordenação posta por alguém. Também o qualificativo *positivo*, pelo qual se precisa a natureza da lei, traduz a mesma idéia: *positivum* vem de *positum*, posto, o direito é sempre posto por alguém; supõe um sujeito capaz dessa ação.

E o sujeito, por excelência, de todo o direito é Deus. A lei é manifestação de razão e vontade, divinas no caso do Absoluto.

Mandamento de razão e vontade, no ensinamento de Santo Tomás, a norma de direito objetivo tem a razão e a vontade do homem como destinatários. Mas a ordenação de justiça, contida na norma, supõe, além do homem, os fatos e as coisas do mundo exterior. Somente o homem poderá exercer uma ação ordenadora sobre os fatos e as coisas do mundo que o cerca. Daí, Cirne Lima formula sua definição de Direito Subjetivo: “O poder, reconhecido ao

homem, de exercer uma ação ordenadora, segundo a justiça, dos elementos objetivos do mundo exterior”. O Direito Objetivo, para Cirne Lima, é a ordem, posta por Deus, para a ordenação, segundo a justiça, dos homens entre si. O direito objetivo seria uma ponte entre o homem e Deus. O direito subjetivo, a ponte entre o universo e o homem. Por isso sustenta que, “sem uma concepção teísta e dualista do universo, a realidade do direito subjetivo seria um contrasenso”. No campo do direito positivo, reconhece que “foi, fora de dúvida, Georg Jellinek, o autor que mais aprofundou a noção de direito subjetivo. E a Georg Jellinek deve-se a concepção do direito subjetivo, na qual este se estrutura como uma interpretação da vontade e do interesse, a primeira, elemento formal, o último, elemento material de subjetivação jurídica”.

“Que é, entretanto, esse interesse que, na concepção de Georg Jellinek, constitui a matéria do direito subjetivo? Ihering sinalou o dado fundamental da questão: “em latim, “inter esse”, “interest mea” quer dizer: uma parte de mim está contida numa coisa estranha; trata-se, aí, quanto a mim, de uma parte de mim mesmo”. Esse interesse, que é a matéria mesma do direito subjetivo, não mais é, pois, senão a expressão psicológica da dependência moral das cousas e dos fatos, face do homem. Na medida em que estes dependem moralmente do homem, tende o homem a tê-los por partes de si próprio, ampliações de sua personalidade. Nesta acepção, Savigny definiu o patrimônio como uma extensão da personalidade”.

“À sua vez, a vontade tem, na concepção de Georg Jellinek, aquela mesma função essencial, que já lhe reconhecemos, de ordenadora, segundo a ordem da justiça, das cousas e fatos do mundo exterior. “Somente – escreveu ele – como conteúdo possível da vontade, torna-se, um objeto do mundo exterior, ou uma relação do homem a homem, parte integrante do mundo humano dos bens e interesses”.

Conclui Cirne Lima: “Nada obsta, portanto, a que, em estruturas jurídicas, como a erigida por Georg Jellinek, se infunda o conteúdo novo que a investigação filosófico-teológica impõe se lhes atribua. Essa mudança de conteúdo será, na doutrina do direito subjetivo, certamente uma renovação; porque antigas as aquisições teológicas a lhe serem infundidas, uma renovação fora do tempo, – uma renovação pelo eterno”.

Novamente, na disquisição sobre o direito subjetivo, aparece a preocupação permanente de Cirne Lima, de ligar a relação de justiça ao Absoluto e a sua aspiração profunda à eviternidade, sempre presente em todo o seu pensamento. Dizia ele, a esse propósito: “Em todas as manifestações do espírito humano, desde as mais corriqueiras às mais singulares, nota constante é a aspiração à eviternidade ou, reversamente, a tendência à libertação do tempo. Grau intermédio entre o tempo e a eternidade, o eviterno marca o lugar do espírito na hierarquia da Criação”.

Contribuição não menos notável de Cirne Lima ao direito é seu bem elaborado estudo sobre o *Tempo e a Ordem Jurídica*.

Dizia Cirne Lima que “diante do tempo, a nota que sinala a superioridade do espírito sobre a vida e a matéria, é a da eviternidade”. À sucessividade que corresponde ao movimento, à dispersão dos instantes que se multiplicam irretornavelmente, como ondas rolando para a praia, o espírito opõe a imutabilidade e a concentração; aquela, o avesso do movimento; esta, o avesso da dispersão. Certo, a eviternidade não é a eternidade, “interminabilis vitae tota simul et perfecta possessio”, segundo a bela definição de Boetius. Mas não é também meramente o tempo, do qual a tradição aristotélica nos fixou o conceito clássico: *numerus motus secundum prius et posterius*.

“À idéia de eternidade repugnam as noções de começo e de fim; à idéia de tempo, uma e outra são naturais”. A eviternidade, que se situa entre a eternidade e o tempo, não depende, como este, das noções de começo e fim; mas, diversamente da eternidade, não é incompatível nem com uma nem com outra dessas duas noções. Grau intermédio entre o tempo e a eternidade, o eviterno marca o lugar do espírito na hierarquia da Criação. A matéria e o fenômeno biológico pertencem ao tempo; somente o espírito é eviterno”.

Considerando a pessoa humana dentro do tempo, Cirne Lima, em página memorável, demonstra que “a superioridade da pessoa sobre o tempo ... penetra e invade toda a ordem jurídica. Nos recantos mais remotos da vida jurídica, podemos descobrir manifestações, aliás despercebidas, dessa superioridade que é, afinal, a marca do triunfo do espírito contra o tempo”.

Afirma que, “entre as conotações conceituais do tempo, a mais significativa é, fora de dúvida, a da *irreversibilidade*. O tempo não retorna sobre si mesmo”.

Cita Lamartine, quando, no *Le Lac* afirma:

Ce temps qui les donna, ce temps qui les efface,
Ne nous les rendra plus!
Éternité, néant, passé, sombres abîmes,
Que faites-vous des jours que vous
Engloutissez?

Mas, diante da voracidade do tempo e de seu decurso inexorável, Cirne Lima relembra que o Direito lhe opõe inumeráveis reações. E menciona as mais notórias: primeiro, a prescrição extintiva e aquisitiva; segundo, a nulidade dos atos jurídicos; terceiro, a condição suspensiva. A prescrição, do ponto de vista do prescribente enquanto não se consuma, supõe uma reversão do tempo por obra do direito, que se realizará ao arbítrio do credor ou proprietário do imóvel, quer se trate da prescrição extintiva, quer da aquisitiva. Na nulidade dos atos jurídicos, há reversão do tempo, também por obra do direito. Diz o Art. 158 do Código Civil que “anulado o ato, restituir-se-ão as partes ao estado em que, antes dele, se achavam ...”. O tempo retorna sobre si mesmo, nesse caso, para delir no passado o ato jurídico, atacado de nulidade, ou simplesmente anulável. Igualmente, expressivo é o efeito da chamada retroatividade da condição suspensiva, que nada mais é do que o reconhecimento, pela ordem jurídica, da eficácia da vontade que se determinou a si própria, fora e acima do tempo.

Cirne Lima assim conclui o seu estudo sobre o *Tempo e a Ordem Jurídica*: “Na luta do espírito contra o tempo, o direito é, pois, um teatro de vitórias. Não admira, porém. Somente a eviternidade, que nos assegura a superação do tempo, leva-nos a aspirar a contemplação da eternidade. O direito, entretanto, de si próprio, leva-nos a aspirar a essa contemplação beatífica: a jurisprudência, na definição de Ulpiano, é o conhecimento das cousas divinas e humanas, *divinarum atque humanarum rerum notitia*. Porque o direito não indica ao homem outro caminho, senão aquele que só o espírito pode e sabe trilhar”.

Outra concepção notável é a dos bens públicos, cujo “sinal distintivo ... é o fato de participarem da atividade administrativa da União, dos Estados, dos Municípios, ou das entidades autárquicas” (Ob. cit., § 9º, n. 3, p. 75). Nesse particular, ouve-se o eco das palavras do administrativista alemão, dr. Paul Schoen, que foi o primeiro a se opor à teoria do grande Otto Mayer, que defendia a noção de propriedade pública, hodiernamente não mais considerada como correta para a definição dos bens públicos. Além da influência do dr. Paul Schoen, há a de Fritz Fleiner, que via na afetação dos bens a uma finalidade pública o traço distintivo desses bens.

A elaboração do conceito de ato administrativo, também é, da mais alta relevância para todo o estudo da nossa disciplina. Ruy Cirne Lima adere, nesse particular, mais à posição do dr. Walter Jellinek, que admitia a existência de dois tipos de ato administrativo, o ato administrativo unilateral (*Einsei-*

tiger Verwaltungsakt) e o bilateral (*Zweiseitiger Verwaltungsakt*), em oposição à concepção de Otto Mayer, que via no ato administrativo exclusivamente “um ato de autoridade, emanando da administração, ato que determina, diante do sujeito, aquilo que, para ele, deve ser de direito no caso individual”, muito embora Mayer admitisse a existência de um ato administrativo que, para produzir seus efeitos, deveria ter a submissão do particular declarada, que denominada de *Verwaltungsakt auf Unterwerfung* (ato administrativo por submissão) e Ernst Forsthoff considerasse que somente poderia ser denominado ato administrativo “uma medida autoritária unilateral”, não se compreendendo, no âmbito dos atos administrativos o contrato de direito público (*öffentlichrechtlicher Vertrag*). Mas, E. Forsthoff também admitia a existência de um ato administrativo com a colaboração do destinatário (*Mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt*). Ruy Cirne Lima adota, porém, posição mais abrangente do que a dos administrativistas alemães e sustenta serem atos administrativos não apenas os atos unilaterais, tampouco os atos administrativos por submissão, ou progredindo mais, os atos administrativos bilaterais, que exigem a manifestação de vontade do destinatário, mas inclusive o contrato administrativo.

Todos os atos jurídicos praticados, segundo o Direito Administrativo, pelas pessoas administrativas, são atos administrativos. A definição é abrangente e envolve, simultaneamente os típicos atos administrativos unilaterais e os contratos de direito público, que

Cirne Lima considerava como verdadeiros atos administrativos. A posição doutrinária é polêmica e até hoje se admite uma ou outra solução, muito embora a lei tenha caminhado na direção da opinião de Cirne Lima, ao estipular que todo o procedimento licitatório, abrangendo inclusive os contratos decorrentes, é ato administrativo formal (art. 4º, § único, Lei nº 8.666/93).

Ainda na parte geral, a contribuição mais significativa de Cirne Lima, a par da relação de administração, consiste na sua bem elaborada disquisição doutrinária sobre o serviço público, colocado na parte geral porque consistiria, a seu ver, uma categoria jurídica, indecisa em seus caracteres, que envolveria simultaneamente, os sinais distintivos da individualidade pessoa e da individualidade coisa. Sabe-se que o direito distingue perfeitamente pessoa de coisa. Pessoa jamais poderá ser considerada coisa, e coisa não poderá ser pessoa. Mas, no serviço público, as duas categorias se misturam e se confundem, para formar um tipo novo, criação peculiar do Direito Administrativo. Trata-se, sem dúvida, de uma das grandes contribuições de Cirne Lima ao Direito Administrativo pátrio, ainda não suficientemente estudada e desenvolvida. Original também é a definição de serviço público como “todo serviço existencial, relativamente à sociedade, ou pelo menos, assim havido em momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Esta-

do ou outra pessoa administrativa.”¹⁰ O conceito de serviço público o vincula à noção de utilidade pública, largamente desenvolvida por Cirne Lima como fundamento último de todo o Direito Administrativo. Afirma, ele, que esse conceito não tem conteúdo jurídico, cabendo a outras ciências, como à Política, à Sociologia, e à da Administração, a determinação do largo e variável conteúdo desse princípio fundamental do Direito Administrativo. Por trás dessa relatividade, própria das mutações constantes da vida, paira a noção tomista do bem comum. “Que é a utilidade pública?” – Responde: “Tal como a concebemos é a expressão orgânica do bem comum, a definição deste, quanto aos meios e processos, capazes de realizá-lo”. “O bem comum é mais do que a simples multiplicação aritmética, pelo número de indivíduos na coletividade, do bem de cada qual. *Bonum commune civium* – adverte Santo Tomás – *et bonum singulare unius personae non differunt solum secundum multum et parvum, sed secundum formalem differentiam*. Nenhuma dúvida, pois, poderia haver quanto à inspiração nitidamente tomista do conceito que Cirne Lima formula de utilidade pública, que se moldaria sobre a noção de utilidade social, que, por sua vez, estaria intimamente vinculada ao conceito de bem comum. Cirne Lima conclui dizendo que “A utilidade pública representa o conjunto dessas condições, indispensáveis ao bem comum”.¹¹

Mas retornando à exposição sobre o serviço público, nela aparece a posição

10 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 1987. § 10, n.3, p. 82.

11 LIMA, Ruy Cirne. *Sistema de Direito Administrativo Brasileiro*. 1953. p. 43-45.

patriótica e nacionalista de Cirne Lima sobre o tema, que certamente não teria mudado, ao influxo das toleimas propaladas pelo liberalismo econômico, que pode seduzir os fracos de vontade e parcos de conhecimento, mas jamais os que possuem visão profunda e verdadeira da realidade. Afirma Cirne Lima que a primeira garantia que deveria cercar o serviço público seria a do Patriotismo dos Agentes, que estava inscrita na Constituição Federal de 1937. Da lei ordinária sobre as concessões de serviço público, dizia, deveria se esperar disposição análoga.

Na Parte Especial dos seus *Princípios de Direito Administrativo*, Cirne Lima oferece contribuição notável ao Direito Público brasileiro, no capítulo referente à competência. Trata-se de exposição original, pois os demais autores não tratam do tema, à exceção do notável Pontes de Miranda, que discorreu sobre tudo em nosso direito. Mas eu ousaria dizer que Cirne Lima, nessa passagem, supera o próprio Pontes de Miranda e oferece contribuição definitiva ao pensamento jurídico nacional. O capítulo da Competência está no § 16 dos *Princípios* e deveria constituir leitura obrigatória, sobretudo para os políticos mal informados, destituídos de conhecimentos elementares, que, ao serem eleitos para um cargo do Poder Executivo, passam a se considerar como donos do poder, com direito de cometer toda a sorte de desatinos. A exposição de Cirne Lima sobre a Competência, uma vez lida por quem assume esses cargos, talvez servisse para mitigar a ignorância do eleito e a petulância e presunção, que são as conseqüências

as naturais daquela. Cirne Lima, ao discorrer sobre a competência, atinge os páramos mais elevados do pensamento e realiza obra perene, que o tempo jamais apagará.

Ainda na Parte Especial, duas contribuições de Cirne Lima merecem referência. A primeira, consistente no desenvolvimento do conceito de servidão administrativa, que havia sido criado por Otto Mayer. Cirne Lima o adapta com maestria ao nosso direito, não tendo sido superado, nesse particular, por ninguém. A segunda, é a noção de sanção administrativa, que Cirne Lima, em visão original, compara com a sanção do Direito Canônico, cujo sinal distintivo está sinalado, naquele direito, nas *Leges mere poenales*, em que a quantia da pena cumula a reparação com a punição propriamente dita (*Princípios de Direito Administrativo*, §§ 23 e 26).

Na obra do prof. Ruy Cirne Lima observa-se a influência marcante da ciência jurídica alemã e dos seus jurisconsultos, em que sobressaem, no campo do Direito Administrativo e no Direito Público, em primeiro lugar a figura notabilíssima de Otto Mayer, bem como de Walter Jellinek, Paul Schoen, Paul Laband, Ernst Rudolf Huber, Hans Julius Wolff e Ernst Forsthoff, embora Cirne Lima fizesse restrições ao último por seu comportamento moral e político durante o nazismo.

Nesta exposição, procurei demonstrar a originalidade do pensamento de Ruy Cirne Lima, que dele fez o jurista mais notável, nascido no Rio Grande do Sul no século XX. Talvez os próximos tempos possam oferecer novos

valores, que venham a preencher o enorme vazio que sua morte deixou. O certo é que, como disse meu pai, “Alguns mortos levaram consigo um pouco de nós. Deixaram atrás de si um deserto que nem o progresso e nem a multiplicação da vida conseguem povoar. Na série dos acontecimentos cósmicos, a morte é um mistério como a própria vida. Entre o nada e o ser existe uma extensão que ninguém conhece, talvez um pequeno véu que o homem ronda há séculos, sem que consiga transpor. Seja como for, há deste lado do véu uma realidade sensível: o espaço vazio que alguns deixam é bem maior que o de outros”. Ruy Cirne Lima está nesse caso, que Arlindo Pasqualini descreveu com tanto sentimento e profundidade. O espaço que ele deixou até hoje não foi preenchido por ninguém e dificilmente será.

Ruy Cirne Lima herdou dos romanos, duas idéias que foram fundamentais em sua vida de jurista e de professor de direito. A primeira, de *humanitas*, que foi criação original dos romanos, desconhecida dos gregos, que não possuíam palavra para expressá-la com precisão. A palavra romana significava a dignidade e a grandeza da personalidade do homem, aquilo que o distingue de todos os demais seres vivos. Este peculiar valor da personalidade humana obriga o homem a cultivar sua personalidade, educar-se, e também respeitar e apoiar a personalidade de seus semelhantes. Todos os que reconhecem e cumprem esse dever são humanos. O conceito de *humanitas* compreendia a educação moral e intelectual, assim

como a gentileza, a bondade e a simpatia, o autocontrole e a consideração pelos semelhantes. A segunda, a de *fides*, que era definida nos tempos antigos como fidelidade à palavra empenhada, certeza e firmeza de propósitos. Cícero nos falava da *fides*, afirmando *Fit quod dicitur* – faz aquilo que diz, mantém a palavra empenhada. Segundo ele, a fidelidade era a coisa mais sagrada na vida (*fidem sanctissimam in vita*). O professor Ruy Cirne Lima soube honrar, durante toda sua existência, esses dois conceitos romanos, de forma exemplar. Sua vida constitui exemplo de humanidade e de fidelidade aos seus ideais. Sua benevolência, sua bondade intelectual, sua fidelidade às promessas, a si mesmo e aos outros estão sempre presentes na visão que tenho de sua figura de jurista, de professor e de amigo de todas as horas. Sua consciência lhe dizia que é preciso ser daqueles que não decepcionam jamais. E a fidelidade não é uma virtude fácil. Somente os homens de exceção conseguem permanecer pela vida afora fiéis às suas convicções.

Ruy Cirne Lima foi atingido em 5 de março de 1975 por uma enfermidade que o levaria definitivamente desta vida no ano de 1984. Seu sofrimento, sua dor, ao pressentir que o pensamento e a reflexão progressivamente o abandonavam não podem ser avaliados. Quem melhor descreveu o seu longo padecimento foi nosso poeta maior: Mário Quintana. Em soneto que Guilhermino César me afirmou pessoalmente ser o melhor de tantos escritos pelo grande poeta, ele descre-

veu, em termos de profunda sensibilidade, o que deve ter sido a lenta e progressiva agonia de nosso homenageado:

ESTE QUARTO...

Este quarto de enfermo, tão deserto de tudo, pois nem livros eu já leio e a própria vida eu a deixei no meio como um romance que ficasse aberto...

que me importa este quarto,
[em que desperto
como se despertasse em quarto alheio?
Eu olho é céu! imensamente perto,
o céu que me descansa como um seio

Pois só o céu é que está perto, sim,
tão perto e tão amigo que parece
um grande olhar azul pousado em mim.

A morte deveria ser assim:
um céu que pouco a pouco
[anoitecesse
e a gente nem soubesse que era o fim...

Os últimos nove anos do que restou da vida do prof. Ruy Cirne Lima foram passados num quarto de enfermo, em que, pouco a pouco, viu a razão e o espírito o abandonarem, permanecendo, tão somente, um olhar fixo no infinito, até que num determinado dia chegou a noite e tudo terminou...

Direitos fundamentais e sua proteção no direito brasileiro e na convenção americana

Plínio de Oliveira Corrêa Filho*

Plínio de Oliveira Corrêa**

1 SÍNTESE EVOLUTIVA

A expressão *direitos humanos* – segundo Jean Imbert, Professor e Pesquisador da Universidade de Paris¹ – embora tivesse sido utilizada vagamente pela primeira vez no século XVI por um escritor latino, remonta ao Código de Hamurabi, como demonstra Marcus Helmons, Professor de Direito na Universidade Católica de Louvain.²

Os direitos da pessoa humana – também denominados de “direitos humanos”, “garantias individuais”, “liberdades públicas” e “direitos fundamentais”

– estão elencados exemplificativamente em inúmeros documentos da História do Direito, que marcaram e acompanharam a evolução da Sociedade no último milênio da *Era de Peixes* do novo calendário da Humanidade.

Com efeito, dentre tantos documentos internacionais, protetores dos direitos individuais, cabe relembrar³ a *Carta de Henrique I*, da Inglaterra, em 1100; o *Estatuto da Paz*, firmado pelo Rei Luiz VI, que reinou na França de 1108 a 1137; a *Magna Carta*, assinada no Campo de Runnymede, em plena batalha, nas cercanias do Tâmsa, em 15 de junho de

*Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da URGs; especialização em Ciências Penais pela mesma Instituição.

**Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS, Professor de Processo Penal na Faculdade de Direito da UFRGS.

1 IMBERT, Jean. *Les Droits de l'Homme en France*. Paris: La Documentation Française, 1985. (Coleção Notes et Études Documentaires). p. 7.

2 HELMONS, Marcus. *Mélanges Offerts à Georges Levasseur: droit pénal, droit européen*. Paris: Litec, 1992. p. 227.

3 CORRÊA, Plínio de Oliveira. *Liberdade Individual nos Países do Mercosul*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 21 et seq.

1215; a *Declaração Inglesa de Direitos*, de 1689; a *Declaração da Independência Americana*, de 04 de julho de 1776 (resultante das anteriores Declaração de Direitos da Virgínia e das Constituições de Connecticut, da Pensilvânia, de Maryland e da Carolina do Norte); a *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 02 de outubro de 1789; a *Carta das Nações Unidas*, assinada no dia 26 de junho de 1945, na cidade de São Francisco, da Califórnia; a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, firmada em Bogotá, no dia 02 de maio de 1948; a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, da ONU, celebrada em Paris no dia 10 de dezembro de 1948; o *Convênio de Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*, de Strasburgo, assinado em Roma, no dia 04 de novembro de 1950 e promovido pelo Conselho da Europa; a *Proclamação de Teerã Sobre Direitos Humanos*, em 1968, adotada pelo plenário da I Conferência Mundial dos Direitos Humanos da ONU; a *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*, levada a efeito na cidade de São José, Costa Rica, a 22 de novembro de 1969; a *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*, ocorrida em Nairóbi, em 26 de junho de 1981; a Declaração de Viena, de 25 de junho de 1993, com participação de mais de 170 países.

Entrementes, a inserção do Brasil na tutela dos direitos da pessoa humana, como lembra Cançado Trindade,⁴ tem se verificado tanto pela adesão quanto pela

ratificação de Tratados Internacionais voltados não só para os aspectos gerais, mas também pontuais, a saber: *Convenção sobre Asilo*, de 1928 (que entrou em vigor a 03.09.1929); *Convenção sobre Asilo Político*, de 1933 (23.02.1937); *Convenção Interamericana sobre Concessão dos Direitos Civis à Mulher*, de 1948 (19.03.1952); *Convenção Interamericana sobre Concessão dos Direitos Políticos à Mulher*, de 1948 (21.03.1950); *Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio*, de 1948 (15.04.1952); *Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher*, de 1952 (13.08.1963); *Convenção sobre Asilo Diplomático*, de 1954 (17.09.1957); *Convenção sobre Asilo Territorial*, de 1954 (14.01.1965); *Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino*, de 1960 (19.04.1968); *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, de 1965 (27.03.1968); *Convenção sobre a Eliminação da Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, de 1979 (01.02.1984); *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, de 1985 (20.07.1989); *Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes* de 1984 (28.09.1989); e *Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança*, de 1989 (24.09.1990); além das ratificações de 48 Convenções da Organização Internacional do Trabalho até 1990.

4 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil*, 2. ed. s.l.: Humanidades. p. 63-64.

Com exceção da Declaração Inglesa de Direitos,⁵ de 1689, que restaurava normas costumeiras de direito positivo, *todas as outras são, em regra, apenas declarações de princípios e recomendações aos governantes*, válidas para todos os povos em todas as épocas, como pregou Cícero⁶ na antiga Roma, referindo-se à verdadeira lei, e como destacou *Mirabeau* perante a Assembléia Nacional Constituinte, quando da aprovação da Declaração de 1789, que serviu de preâmbulo à Constituição Revolucionária mas que só recentemente, no governo *Mitterrand*, foi incorporada por *referendum popular* ao direito positivo francês.

Paralelamente, várias Convenções regionais de proteção aos direitos humanos, ora *civis e políticos*, ora *econômicos, sociais e culturais*, foram surgindo. Todavia, *somente* com o advento das citadas *Convenção Européia de Direitos Humanos*, de 4 de novembro de 1950 (que passou a vigorar na ordem internacional em 3 de setembro de 1953), *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* de 1969 (com vigência a partir de 18 de julho de 1978, na conformidade do parágrafo 2º do art. 74), e *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos* de 1981 (que entrou em vigor a 21 de outubro de 1986, nos termos do parágrafo 2º do art. 63), – é que se iniciou, efetivamente, o processo da tutela judicial internacional dos direitos humanos e, assim mesmo, com alguma resistência em nome da soberania de cada Nação ou de cada Estado.

A iniciativa desse processo, como já se frisou, coube à Convenção Européia de Direitos Humanos, dentro do Conselho Europeu, seguida pela Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, no âmbito da Organização dos Estados Americanos, pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, levada a efeito pela Organização da Unidade Africana (OUA), e culminou com a Declaração de Viena e seu Programa de Ação, reafirmando a universalização dos direitos humanos e legitimidade da preocupação internacional com o tema.

Com efeito, tanto a citada Convenção Européia, quanto a mencionada Convenção Interamericana e a referida Carta Africana, embora se limitando a proteger os chamados direitos civis e políticos, incluindo-se, aí, as garantias processuais básicas, – criaram para os respectivos Estados a possibilidade de aderir às cláusulas que instituem a competência de um Tribunal Supraconstitucional de Julgamento das violações de direitos pelos Estados-membros.

Para tanto, as aludidas convenções previram duas espécies de remédios processuais: o *recurso individual*, que é aquele interposto pelo(s) interessado(s) pessoa(s) física(s) contra o Estado, e o *recurso estatal*, consistindo na interposição por um Estado contra outro na defesa de um cidadão ou de um grupo de cidadãos.

A Corte Européia tem sede em Strasbourg, na França, a Americana, nas Américas, em São José da Costa Rica, e

5 “Os Lordes espirituais e temporais e os Membros da Câmara dos Comuns *declaram*, desde logo, o seguinte: ...”.

6 CÍCERO. *De la République de Lois*. s.l.: Garmier-Flammarion, 1965. p. 86, XXII.

a Africana, na África, na cidade de Nai-róbi, funcionando, todas, como última instância de julgamento para quaisquer dos direitos fundamentais consagrados pelas respectivas convenções, isto é, em qualquer processo judicial de natureza penal ou civil, para os países que ratifi-carem ou aderirem à sua jurisdição.

Os diferentes procedimentos adota-dos pelas Cortes de Strasbourg, de São José e de Nairóbi, estão regulados, por-menorizadamente, nas citadas conven-ções e nos seus respectivos regimentos. Cabe registrar, porém, que a escolha dos membros que compõem, respectiva-mente, a *Comissão*, o *Comitê* ou a *Corte* obedece a critérios judiciosos de re-presentatividade, isenção, idoneidade e notório saber jurídico, gozando de imu-nidade e garantias necessárias para o pleno exercício de suas elevadas e im-prescindíveis funções.

2 CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

As aspirações francesas de 1789, *li-berdade, igualdade e fraternidade*, cor-respondem, respectivamente, a etapas evolutivas dos direitos fundamentais de primeira, de segunda e de terceira ge-rações: enquanto o *Estado absolutista* cedeu espaço ao *Estado liberal*, garan-tindo as liberdades públicas e indivi-duais e projetando os direitos civis e

políticos, já apregoados por Locke e Grotius; o *Estado de Direito*, inicialmen-te moldado pela filosofia liberal e pelo *laissez faire laissez passer*, reconheceu, mais tarde, pelo *Estado Democrático de Direito*, a necessidade de implementar o direito de igualdade de oportuna-dade aos cidadãos no âmbito dos direitos so-ciais, dando lugar à fraternidade solidá-ria, para que a máquina estatal, outrora omissa e indiferente, assumisse, ainda que tardiamente, compromissos solenes e impostergáveis de estabelecer políti-cas públicas destinadas não apenas em assegurar a liberdade, mas eliminar as desigualdades sociais e promover frater-nalmente, em todos os setores, a digni-dade da pessoa humana⁷ em sua integra-lidade,⁸ promovendo, assim, o *bem co-mum*, isto é, proporcionar os meios ne-cessários para se atingir os fins huma-nos enquanto a vida é convívio.⁹

Com efeito, a Assembléia Nacional Constituinte, invocando a proteção de Deus, instituiu o Estado Democrático de Direito, “destinado a assegurar o exer-cício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justi-ça como valores supremos de uma soci-edade fraterna, pluralista e sem precon-ceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e in-ternacional, com a solução pacífica das controvérsias,”¹⁰ promulgando, em 5 de

7 ZAVASCKI, Teori Albino. in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 15/230, Síntese, 1998.

8 JOÃO XXIII. *Encíclica Mater et Magistra*, 1961.

9 CORRÊA, Plínio de Oliveira. *A Provocação Jurisdicional*. Porto Alegre; Editora da Uni-versidade, 1978. p. 11.

10 Preâmbulo da Constituição Federal de 1988.

outubro de 1988, a atual Constituição da República Federativa do Brasil.

Eis porque a vigente Constituição Brasileira – a exemplo das anteriores Cartas Políticas, de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1969 – tem um capítulo reservado aos direitos fundamentais, reiterando no seu artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. E dentre os princípios fundamentais da Constituição, sobre os quais se assenta o Estado Brasileiro, – estão a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos.¹¹

Assim, o Capítulo I, do Título II, que trata *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* da nossa lei maior, assegura preventivamente aos homens e mulheres, em geral, e, concretamente, aos acusados, aos condenados, aos internados, às vítimas e às testemunhas nas áreas do *Direito Penal* e do *Processo Penal*, estes princípios constitucionais:

1) *Anterioridade e legalidade da lei penal*: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

2) *Personalidade da pena*: a lei regulará a individualização da pena e adotar, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição de liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição dos direitos.

3) *Proibição das penas*: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis.

4) *Prisão somente em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente*: ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente[...].

5) *Comunicação imediata da prisão e do local onde se encontre o preso para o juiz competente e à família daquele ou pessoa por ele indicada*: a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

6) *Relaxamento imediato e ex-offício da prisão ilegal*: a “prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”. Exceção ao princípio da provocação jurisdicional, cabendo até *habeas corpus* de ofício.¹²

7) *Proibição de prisão por dívida*: não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

8) *Segurança pessoal*: a segurança pessoal dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no País é compromisso solene do Estado Nacional e está garantida tanto no *preâmbulo* quanto no

11 Constituição Federal, arts. 1º, incisos II e III, e 4º, inciso II.

12 CORRÊA, Plínio de Oliveira. O Habeas Corpus de Ofício. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº. 59, p. 157 e ss.

caput do artigo 5º da nossa Constituição Federal, sendo, pois, direito subjetivo público, de eficácia imediata, oponível contra o Estado pelo cidadão, para a sua garantia no convívio social. *Direito Comparado*: Constituição Portuguesa, art. 27: “Todos têm direito à liberdade e à *segurança*”; Constituição Espanhola, art. 17: “Toda pessoa tem direito à liberdade e à *segurança*”.

9) *Respeito à integridade moral e física do presidiário*: é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, bem como as condições adequadas previstas legalmente (cf. art. 88 da *Lei N.º 7.210/84*, transcrito no item 12 deste estudo).

10) *Identificação dos responsáveis por sua prisão e/ou interrogatório policial*: o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

11) *Princípio da presunção de não culpabilidade*: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. *Direito Comparado*: Constituição Portuguesa (art. 27, nº 2), Constituição Italiana (art. 27), Declaração Universal dos Direitos do Homem (art. 11, nº 1).

12) *Cumprimento da pena em estabelecimento adequado*: a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; assim como as condições adequadas e previstas no citado art. 88 da *Lei N.º 7210/84*: “O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular: a) salubridade

de do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; b) área mínima de 6 m² (seis metros quadrados)”.

13) *Respeito à mãe presidiária e aos seus filhos durante o período de amamentação*: às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.

14) *O preso será informado de seus direitos*: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

15) *Proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante*: ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante.

16) *Liberdade provisória*: ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória. Presentes os requisitos extrínsecos, referidos no item 4 deste capítulo, há que atender aos requisitos intrínsecos: prova da existência do crime, indícios idôneos da sua autoria, enquadramento num dos casos do art. 312 do CPP, necessidade, conveniência e respeito às garantias do preso (art. 88 da *Lei N.º 7210/84*).

17) *Proibição das provas ilícitas*: são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por *meios ilícitos*, nem os *frutos da árvore proibida*.

18) *A publicidade do processo*: a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. Mirabeau, na Assembléia Constituinte Francesa de 1789: *Donnez-moi*

le juge que vous voudrez: partial, corrupt, mon ennemi même, si vous voulez, peu m'importe pourvu qu'il ne puisse rien faire qu'à la face du public (Dêem-me o juiz que quiserem: parcial, corrupto, até mesmo inimigo meu, se quiserem, pouco me importa desde que ele não possa fazer nada a não ser em face do público).

19) *O Princípio da ampla defesa (técnica e autodefesa)*: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

20) *Fundamentação das decisões*: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

21) *Recursos essenciais para o duplo grau de jurisdição*: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, são assegurados os recursos inerentes à sua defesa.

22) *Princípios do promotor natural e do juiz natural*: ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

23) *Proibição do juízo de exceção*: não haverá juízo ou tribunal de exceção.

24) *Ação de habeas corpus*: conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade

ou abuso de poder. CPP, art. 648: *a coação considerar-se-á ilegal (exemplificativamente): I – quando não houver justa causa; II – quando alguém estiver preso por mais tempo do que determina a lei; III – quando quem ordenar a coação não tiver competência para fazê-lo; IV – quando houver cessado o motivo que autorizou a coação; V – quando não for alguém admitido a prestar fiança, nos casos em que a lei a autoriza; VI – quando o processo for manifestamente nulo; VII – quando extinta a punibilidade.*

25) *Habeas data*: conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante paciente, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

26) *Revisão criminal*: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença. *O instituto da revisão criminal está regulado no Código de Processo Penal, cabendo transcrever, exemplificativamente, o seu artigo 621*: A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II – quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III – quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou

de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena. *Súmula 393 do STF*: Para requerer revisão criminal, o condenado não é obrigado a recolher-se à prisão.

27) *Assistência jurídica aos necessitados*: o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; Lei Nº 1.060/50.

28) *Indenização por erro judiciário ou excesso de prazo na prisão*: o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado pela sentença ou que resultar de prisão ilegítima.

29) *Devido processo legal*: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

30) *Tribunal do Júri*: é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida; *artigo 464 do CPP*: Formado o conselho, o juiz, levantando-se, e com ele todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: Em nome da lei, concito-vos a examinar com imparcialidade esta causa e a proferir a vossa decisão, de acordo com a vossa consciência e os *ditames da justiça*. Os jurados, nominalmente chamados pelo juiz, responderão: Assim o prometo.

31) *Gratuidade das ações de habeas corpus, habeas data e os atos necessários ao exercício da cidadania*: são gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas data*, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

32) *Direito à informação e de petição junto aos Órgãos Públicos*: todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Lei Nº 9.051/95.

33) *Proibição de extradição de brasileiro, de naturalizado e suas exceções*: nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins na forma da lei.

34) *Proibição de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião*: não será concedida a extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.

35) *Provocação Jurisdicional mediante ação penal privada subsidiária*: será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal; *Código de Processo Penal, art. 29, a)*: Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal; b) art. 46: O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 (cinco) dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito po-

licial, e de 15 (quinze) dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos. § 1º. Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação. § 2º. O prazo para o aditamento da queixa será de 3 (três) dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos, e, se este não se pronunciar dentro do tríduo, entender-se-á que não tem o que aditar, prosseguindo-se nos demais termos do processo.

As normas definidoras dos direitos fundamentais, aqui referidos, têm, por disposição constitucional, *aplicação imediata* (art. 5º, § 1º) e *não excluem* outras garantias decorrentes do regime democrático e dos princípios adotados pela nossa Lei Maior (art. 5º, § 2º).

3 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

Coincidentemente, a grande maioria das garantias individuais asseguradas na Constituição Brasileira de 1988 também consta da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, ou melhor, muitas delas foram dali transpostas para a nossa Constituição, pois esta é posterior àquela em 19 anos. Em outras palavras, estes direitos, embora muitos já figurassem nas constituições anteriores (1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969), foram valorados, primeiramente, na citada Con-

venção, onde contou com a integral aprovação da representação brasileira e, depois, transcritos para a nossa carta política, inobstante a ratificação daquela, por nós, só tenha ocorrido 22 anos após, isto é, em 6 de novembro de 1992.

Por estarem, ditos direitos, intimamente interligados não apenas com a sua consolidação no plano internacional, mas internamente com a recepção legal decorrente do citado Decreto Nº 678/92, que os integrou ao nosso ordenamento jurídico, – merece destaque o preceito do parágrafo 2º do já mencionado artigo 5º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou *dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” (g.n.).

Feitas estas observações, convém referir os princípios do Pacto de São José da Costa Rica, incidentes no ordenamento jurídico dos Estados-membros.

Os signatários da citada Convenção iniciaram sua obra declarando *estes dois solenes compromissos institucionais*:

Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Se o exercício dos direitos e liberdades individuais ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

A par desses dois importantíssimos compromissos, cabe destacar, de forma objetiva, os seguintes postulados a serem observados para o aperfeiçoamento do *Direito Penal e do Processo Penal*:

3.1 Direito à vida¹³

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. 2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente. 3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido. 4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos co-

muns conexos com delitos políticos. 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez. 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.¹⁴

3.2 Direito à integridade pessoal¹⁵

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. 3. A pena não pode passar da pessoa do delincente. 4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. 5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com maior rapidez possível, para seu tratamento. 6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

13 art. 4°.

14 CORRÊA, Plínio de Oliveira. *Ação Penal Originária*. Porto Alegre, Síntese 2001. p. 86.

15 Art. 5°.

3.3 Proibição da escravidão e/ou servidão¹⁶

Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo: a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado.

3.4 Direito à liberdade pessoal¹⁷

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. 4. Toda a pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela. 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo

razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. 7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

3.5 Garantias judiciais¹⁸

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal

16 Art. 6°.

17 Art. 7°.

18 Art. 8°.

ou de qualquer outra natureza. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal; b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender por ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) direito de defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 4. O acusado por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fa-

tos. 5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

3.6 Princípios da legalidade e da retroatividade¹⁹

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável.

Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinqüente será por isso beneficiado.

3.7 Direito à indenização²⁰

Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.

3.8 Direito de circulação e de residência²¹

1. Toda pessoa que se ache legalmente no território de um Estado tem direito de circular nele e de nele residir em conformidade com as disposições legais. 2. Toda pessoa tem direito de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio. 7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos po-

19 Art. 9º.

20 Art. 10.

21 Art. 22.

líticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais. 8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

3.9 Igualdade perante a lei²²

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

3.10 Direito à proteção judicial²³

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a protejam contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. 2. Os Estados-partes comprometem-se: a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso; b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente recurso.

22 Art. 24.

23 Art. 25.

24 Art. 8º.

25 Art. 29.

3.11 Presunção de Inocência e Recursos²⁴

1. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (Antecedente: DUDH, art. 11, nº 1). Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. 2. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os arts. 44 ou 45 seja admitida pela Comissão será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos.

3.12 Normas de interpretação²⁵

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados-partes ou de acordo com outra convenção que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são

inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

3.13 Alcance das restrições²⁶

As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

3.14 Correlação entre deveres e direitos²⁷

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade. 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

3.15 Órgãos garantidores dos direitos humanos²⁸

São competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção: (a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, denominada simplificada e *Comissão*; e (b) a Corte In-

teramericana de Direitos Humanos, denominada *Corte*.

A Comissão, composta de sete membros, tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício do seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: a) estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; b) formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; c) preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções; d) solicitar aos governos dos Estados-membros que lhe proporcionem informações sobre medidas que adotarem em matéria de direitos humanos; e) atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, lhe formularem os Estados-membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar-lhes assessoramento que eles lhe solicitarem; f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos arts. 44 a 51 desta Convenção; e g) apresentar um relatório anual à Assembleia-Geral da Organização dos Estados Americanos.

26 Art. 30.

27 Art. 32.

28 Arts. 33, 41, 43 e 52.

Os Estados-partes obrigam-se a proporcionar à Comissão as informações que esta lhes solicitar sobre a maneira pela qual o seu direito interno assegura a aplicação efetiva de quaisquer disposições desta Convenção.

A Corte compor-se-á de juízes nacionais dos Estados-membros da Organização, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos. 2. Não deve haver dois juízes da mesma nacionalidade.

3.16 Legitimidade para provocar a Comissão e a Corte; outras formalidades procedimentais²⁹

Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os arts. 44 ou 45 seja admitida pela Comissão será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os *recursos* da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis

meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do art. 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2. As disposições das alíneas *a* e *b* do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c) houver demora injustificada na decisão sobre mencionados recursos.

A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os arts. 44 ou 45 quando: a) não preencher algum dos requisitos estabelecidos no art. 46; b) não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção; c) pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestante infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou d) for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

29 Arts. 44, 46, 47 e 61.

1. Somente os Estados-partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte. 2. Para que a Corte possa conhecer de qualquer caso, é necessário que sejam esgotados os processos previstos nos arts. 48 a 50.

3.17 Conseqüências da violação dos direitos humanos e medidas provisórias³⁰

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegido nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará, também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada. 2. Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, *poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes*. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Pontualmente, porém, esta relevante *Convenção Internacional* foi referendada internamente pelo Congresso Nacional Brasileiro (sessão conjunta do Senado e da Câmara dos Deputados), que autorizou ao Poder Executivo (art.

84, VIII, C.F.) a recepcioná-la mediante a edição do já citado Decreto Nº 678/92, que a promulgou inserindo esta imperativa determinação interna: *deverá ser cumprida tão inteiramente como nela se contém*.

No entanto, os *direitos humanos* somente obtiveram um instrumento jurídico eficaz *a partir da recomendação* emitida pela Assembléia Geral da ONU aos Estados-membros, em 16 de dezembro de 1966 (que entrou em vigor a 23 de março de 1976, de acordo com o disposto no seu art. 49), de que assinassem e ratificassem dois *Pactos Internacionais: um relativo aos chamados direitos civis e políticos, e outro, aos denominados direitos econômicos, sociais e culturais*.

Por conseguinte, como explica Gustavo Pinard,³¹ o Pacto de São José da Costa Rica distribui seus oitenta e dois artigos em três partes: *na primeira*, abriga os deveres dos Estados e os direitos protegidos, ou seja, os direitos humanos, aí compreendidos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, havendo disciplina, inclusive, para as circunstâncias extraordinárias que determinarem a suspensão desses direitos, bem assim para a escorreita relação dos direitos e deveres; *na segunda*, acham-se organizados os dispositivos de proteção dos direitos, a cargo da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos; e *na terceira parte* contempla as disposições gerais e transitórias.

30 Art. 63.

31 PINARD, Gustavo. *Mercosur y los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.; PINARD, Gustavo. *Los Derechos Humanos en las Constituciones del Mercosur*. Buenos Aires: ciudad Argentina, 1996.

4 O PACTO, O BRASIL E OS GUARDIÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Mas aquele importantíssimo documento, antes referido e mais conhecido como *Pacto de São José da Costa Rica*, só passou a vigorar no plano internacional no dia 18 de julho de 1978, na conformidade do que dispõe o parágrafo 2º do seu artigo 74, ou *seja*, quando atingiu o número mínimo de onze Estados membros que depositaram formalmente suas respectivas ratificações.

Assim, até a presente data, eis os Estados-partes, originários das Américas do Sul, Central e do Norte, que ratificaram a aludida Convenção: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai, Venezuela. Os Estados Unidos e o Canadá, apesar de terem firmado o Pacto, não o ratificaram. E sete Estados-partes (Barbados, Brasil, Grenada, Haiti, Jamaica, México e República Dominicana), lamentavelmente ainda não reconheceram a competência contenciosa da Corte.³²

Entre nós, ela só entrou em vigor, repercutindo nas relações internacionais, no dia 25 de setembro de 1992,

por ocasião da apresentação da *Carta Brasileira de Ratificação* junto à *Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA)* e com a formal recepção pelo Decreto Presidencial Nº 678, de 06 de novembro do mesmo ano, decorrente de autorização do Congresso Nacional.³³

Todos os países, em regra, de uma ou de outra forma têm dedicado internamente atenção especial à matéria, elegendo garantias individuais em suas Constituições e na legislação infra-constitucional.

De outra parte, em 1948, dois ilustres brasileiros se destacaram no cenário internacional, projetando historicamente o nosso país: os gaúchos *Oswaldo Aranha e João Neves da Fontoura*, nascidos, respectivamente, no Alegrete e em Cachoeira do Sul. O *primeiro*, presidiu a Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, que proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos; o *segundo*, presidiu a Delegação Brasileira na mesma Assembléia Internacional.

Foi nesta posição de liderança da Delegação Brasileira que *João Neves da Fontoura* projetou o Estado Brasileiro com a idéia de constituir a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, que, depois, se efetivou na Convenção Americana de 1969. Para tanto, basta lembrar que foi a Delegação que repre-

32 A Mensagem Presidencial Nº 621, de 28.11.85, que submeteu o texto do mencionado Pacto à aprovação do Congresso Nacional, assim se refere, pontualmente: “No tocante às cláusulas facultativas contempladas no parágrafo 1º do Artigo 45 – referente à competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) para examinar queixas apresentadas por outros Estados sobre o não cumprimento das obrigações – e no parágrafo 1º do Artigo 62 – relativo à jurisdição obrigatória da Corte – não é recomendável, na presente etapa, a adesão do Brasil”.

33 CORRÊA. *Ação Penal...* p. 106, 143 et seqs.

sentou o Brasil na IX Conferência Internacional Americana, em dezembro de 1948, que propôs a criação de uma Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A feliz proposta brasileira – ressaltando a necessidade da criação de um órgão judicial internacional para tornar adequada e eficaz a proteção jurídica dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos³⁴ – foi aprovada pela Resolução XXI da Conferência de Bogotá, figurando da respectiva Exposição de Motivos, que, há mais de meio século alertou para as possíveis *arbitrariedades insuperáveis* de que era vítima o indivíduo, cometidas pelas próprias autoridades governamentais.³⁵

Em 1968, ao ensejo do transcurso do vigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi adotada a Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos pelo plenário da I Conferência Mundial de Direitos Humanos da ONU.

No ano seguinte, afinal, foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de São José da Costa

Rica, pela qual se instituiu a anunciada Corte Interamericana.

Por outro lado, os Guardiões da observância dos direitos fundamentais da pessoa humana no nosso Ordenamento Jurídico são de duas ordens:

INTERNAMENTE, o *Estado Brasileiro* através dos órgãos da Administração Pública, em geral, agindo diretamente, e os *órgãos específicos do Poder Judiciário, compostos de juízes e tribunais*, atuando mediante o princípio da provocação jurisdicional;³⁶

EXTERNAMENTE, a *Organização dos Estados Americanos* (OEA), com base na respectiva Convenção de 22 de novembro de 1969, que instituiu, para tanto, não só a *Comissão de Direitos Humanos*, constituída de sete membros, mas também a *Corte Interamericana de Direitos Humanos*,³⁷ formada por sete juízes, escolhidos, *estes* para um mandato de seis anos, podendo ser reeleitos uma vez, e *aqueles* para um período de quatro anos, admitindo-se também uma reeleição, – dentre juristas da mais alta autoridade moral e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos.

34 IX Conferência Internacional Americana – 1948, Actas y Documentos, vol. V, Bogotá, M.R.E. de Colombia, 1953, Documento CB-125/C.VI-6, p. 464; e Vol. VI op. cit., p. 353 (Resolução XXXI da Conferência).

35 Proposta, in Documento C-125/C.VI-6, idem, Vol. V, p. 464-465.

36 CORRÊA. *A Provocação...*

37 Esta Comissão exerce no plano internacional função correspondente à do Ministério Público no âmbito interno de cada Estado. Assim entendeu a Corte na sua primeira decisão (Acórdão Nº G101/81, de 13.11.81, caso Viviana Gallardo e Outros), considerando as funções da Comissão como de *fiscal dos direitos fundamentais* e de *acusador público*, confiadas ao Ministério Público dos Estados Latino-Americanos. *Mutatis mutandis*, a omissão da Comissão poderá ensejar atuação da parte interessada, promovendo *provocação subsidiária*, prevista não só na nossa legislação ordinária (CPP, art. 29), mas também na Constituição Federal (art. 5º, LIX).

Posteriormente, porém, com a promulgação da nossa Carta Política de 1988, o Estado Brasileiro também assumiu o expreso compromisso constitucional de reger suas relações internacionais observando o princípio da “*prevalência dos direitos humanos*” (CF, art. 4º, II).

No entanto, para que, no âmbito internacional, não apenas a *Comissão de Direitos Humanos*, como também a *Corte Interamericana de Direitos Humanos* possam agir como *guardiãs* efetivas da observância e da garantia desses direitos fundamentais, entre nós, é necessário algo mais que a simples ratificação ou adesão à Carta, que já ocorreu: é preciso que o Estado-parte, nos termos dos seus artigos 45 e 62, faça formal declaração de “que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção”. Dita declaração pode ser apresentada incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos especiais, inclusive retratar-se.

E, ao que se sabe, tal ainda não fora feito pelo Estado Brasileiro, como Membro daquela Convenção. O que é lamentável para todos quantos aqui vivem, particularmente para os brasileiros de todas as regiões e especialmente para nós rio-grandenses-do-sul, de onde partiu a idéia da criação daquela Corte.

Na verdade, o Brasil só amadurecerá a sua política interna e externa dos direitos humanos, quando confiar na *JUSTIÇA* como *Instituição* e como

valor, perdendo o medo e a insegurança de submeter essa política à apreciação da jurisdição internacional da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, que tem como Presidente o eminente Brasileiro e insigne Jurista – Professor Antônio Augusto Cançado Trindade.

Os direitos fundamentais compreendem os direitos do homem e da mulher, sem excluir naturalmente os direitos dos seres que nos rodeiam e que formam o nosso meio ambiente.

REFERÊNCIAS

- CÍCERO. *De la République de Lois*. s.l.: Garmier-Flammarion, 1965.
- CORRÊA, Plínio de Oliveira. *Ação Penal Originária*. Porto Alegre, Síntese 2001.
- _____. *Liberdade Individual nos Países do Mercosul*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 21 et seq.
- _____. O Habeas Corpus de Ofício. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, nº. 59, p. 157 e ss.
- _____. *A Provocação Jurisdicional*, Porto Alegre: Editora da Universidade, 1978.
- HELMONS, Marcus. *Mélanges Offerits à Georges Levasseur: droit pénal, droit européen*. Paris: Litec, 1992.
- IMBERT, Jean. *Les Droits de l'Homme en France*. Paris: La Documentation Française, 1985. (Coleção Notes et Études Documentaires).
- JOÃO XXIII. *Encíclica Mater et Magistra*, 1961.
- PINARD, Gustavo. *Los Derechos Humanos en las Constituciones del Mercosur*.

Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.
_____. *Mercosur y los Tratados Internacionales*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos*

Humanos e o Brasil. 2. ed. s.l.: Humanidades.

ZAVASCKI, Teori Albino. Direitos Fundamentais de Terceira Geração. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v.15, p. 227-231, 1998.

Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados

Teori Albino Zavascki*

1 INTRODUÇÃO

Em conhecido estudo sobre a natureza da sentença condenatória civil, o Professor Barbosa Moreira inicia suas reflexões com a seguinte afirmação: “É sabido que só a sentença condenatória atribui à parte vencedora o poder de promover ação executória contra o sucumbente. Nenhuma outra sentença é apta a produzir tal efeito. Não o produz decerto, ainda quando reconheça ao autor a titularidade de um crédito em face do réu, a sentença meramente declaratória: tornando-se exigível o crédito declarado, e não se dispondo a satisfazê-lo o devedor, cumpre ao credor voltar a ajuízo com ação condenatória, e apenas a nova sentença que lhe julgue procedente o pedido constituirá em seu favor título hábil para a execução

forçada.”¹ E depois de examinar as várias correntes doutrinárias a respeito do tema e de referir que, ao fim e ao cabo, “a sentença condenatória já não se distinguiria da declaratória senão pela extensão do declarado, que nesta seria apenas o crédito (*lato sensu*) de uma contra a outra parte, naquela o crédito *e mais* a sanção aplicável à parte inadimplente,”² encerra seu trabalho com uma pergunta não respondida: “Em que consiste, afinal, a declaração capaz de proporcionar à parte vencedora título hábil para a execução forçada? A resposta de Liebman, vazada em fórmula mais aderente à realidade soaria: na declaração da aplicabilidade da sanção. Ora, justamente nisso é que não se pode convir sem fazer tábua rasa das hipóteses em que o juiz condena e se executa, *sem que se trate em absoluto de san-*

*Ministro do STJ, Professor de Processo Civil na UFRGS.

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões Críticas sobre uma Teoria da Condenação Civil. In: TEMAS de Direito Processual Civil: 1a Série. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 72.

2 Ibidem, p. 77.

ção; e também daquelas outras, não tão raras, em que a sanção se efetiva *na própria sentença*, sem necessidade – nem, aliás, possibilidade – de repor-se em movimento, para atuá-la, o mecanismo judicial.”³

Bem se vê, do excerto referido, que o interesse científico e prático do estudo do tema relacionado com o conceito de sentença condenatória e o de sentença puramente declaratória, e as respectivas distinções, reside, justamente, na delimitação da eficácia de cada uma, notadamente no âmbito da sua eficácia executiva. Condenação, mera declaração e força executiva constituem, portanto, temas imbricados, e nesta perspectiva é que aqui serão versados.

2 NATUREZA E CONTEÚDO DOS TÍTULOS EXECUTIVOS

A eficácia executiva dos julgados pressupõe compreensão a respeito da natureza e do conteúdo do título executivo, que é a “base” de toda e qualquer execução, segundo dispõe o artigo 583 do CPC. O princípio da *nulla executio sine titulo* integra a dinâmica da concretização do ordenamento jurídico. Realmente, o fenômeno da atuação das normas no plano social comporta três momentos bem distintos: primeiro, o da formulação abstrata dos preceitos normativos; segundo, o da definição da norma para o caso concreto; e terceiro, o da execução da norma individualizada. A formulação abstrata dos preceitos normativos, ou seja, a criação das normas (momento 1) é ativi-

dade pública monopolizada pelo Estado-legislador. Já a definição da norma concreta, é dizer, a identificação da norma individualizada que se formou, concretamente, pela incidência da norma abstrata (momento 2), bem como a sua execução, ou seja, a sua transformação efetiva em fatos ou comportamentos (momento 3), são atividades que não demandam, necessariamente, o concurso ou a intervenção estatal.

As atividades dos momentos 2 e 3 desenvolvem-se, em geral, de modo espontâneo, voluntário e sem formalidades. Assim, nas mais simples condutas do dia-a-dia, como as de comprar um jornal ou tomar um táxi, há incidência de normas abstratas em suportes fáticos, nascem normas jurídicas concretas, os seus destinatários identificam o seu conteúdo e os elementos das relações jurídicas que a partir delas são estabelecidas (sujeitos ativos, sujeitos passivos, prestações) e, finalmente, há cumprimento dos seus enunciados, mediante condutas e comportamentos com eles compatíveis.

Em certos casos, o momento 2, embora ocorra voluntariamente (isto é, sem intervenção estatal), se dá de modo formal. É assim, por exemplo, quando se ajusta contrato em forma escrita, na presença de testemunhas ou perante um tabelião, ou quando se emite um título de crédito. O que se faz, nessas situações, é formalizar documentalmente o conteúdo de determinada norma jurídica concreta, identificando os elementos da relação de direito exurgente, o sujeito ativo, o sujeito passivo e a pres-

3 Ibidem, p. 80.

tação, com o seu objeto, seu prazo e suas condições. Quando a formalização documental tiver natureza constitutiva da obrigação – que é o que geralmente ocorre nos casos acima enfocados – haverá contemporaneidade entre *incidência* da norma abstrata e *identificação* da norma concreta que daí nasce. Casos há em que a lei autoriza a identificação da norma concreta mediante procedimento administrativo. É o que se dá, por exemplo, nos procedimentos fiscais de lançamento de tributo e sua inscrição em dívida ativa. E há casos em que os interessados estão autorizados a delegar a terceiro, também particular, o encargo de identificar os contornos da norma individualizada. É o que ocorre quando determinada controvérsia é submetida a juízo arbitral. Também nessas hipóteses o momento 3 é, em regra, espontâneo: os destinatários da norma concretizada (formalizada no contrato ou no título de crédito, ou na certidão de dívida ativa ou na sentença arbitral), dão-lhe o devido cumprimento, adotando a conduta adequada à satisfação da prestação devida.

No entanto, a identificação da norma concreta ou a sua execução, ou ambas, *quando não desenvolvidas voluntariamente*, demandam concurso estatal, o que se dá pela atuação do Estado-juiz, mediante exercício da sua função jurisdicional. Tomemos um exemplo. O choque entre dois automóveis, com danos recíprocos, é suporte fático para a incidência da norma estabelecida no artigo 159 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a repa-

rar o dano”. Ocorrido o fato, a incidência do preceito normativo abstrato é automática, de modo que, independentemente da vontade dos envolvidos, surge norma jurídica concreta, estabelecendo relação obrigacional de reparação dos prejuízos. A *identificação* de tal norma supõe imputação da culpa, com conseqüente posicionamento dos envolvidos nos pólos ativo e passivo da relação obrigacional, e apuração dos danos e do seu montante, que é a prestação devida. Nem sempre haverá entre os interessados consenso a respeito de todos esses pontos. Nem sempre haverá, portanto, espontaneidade de identificação da norma individualizada. Estabelecendo-se controvérsia a respeito de qualquer dos aspectos assinalados, estará instalada *crise de identificação* da norma, a demandar, para a sua solução, intervenção estatal. Mediante atividade cognitiva, o Poder Judiciário definirá, por sentença, o conteúdo da norma concretizada, indicando os elementos da relação jurídica dela decorrente, seus sujeitos e sua prestação. Definida a norma concreta, a atividade jurisdicional poderá ser mais uma vez convocada se o seu cumprimento sofrer percalço, seja pela inércia do obrigado, seja por sua resistência, seja pelo atendimento insatisfatório da prestação. Nasce, aí, a pretensão à execução forçada.

O certo é que, para alcançar o momento 3, o da execução, pressupõe-se superado o momento 2: executa-se a norma concreta já definida em seus contornos. Isso vale tanto para a execução espontânea, quanto para a forçada. Há, porém, um importante pressuposto a distinguir uma da outra. Aquela, a execução espontânea, pode ocor-

rer independentemente de qualquer formalidade no processo de identificação da norma; mas esta, a execução forçada, pressupõe que a norma concreta esteja *formalmente identificada*, de modo que o seu conteúdo possa ser demonstrado ao juiz da execução com razoável grau de certeza.

Surge, assim, o título executivo, que pode ser conceituado como a representação documental de uma norma jurídica individualizada, contendo obrigação líquida, certa e exigível, de entregar coisa, ou de fazer, ou de não fazer, ou de pagar quantia em dinheiro, entre sujeitos determinados, e que tem a eficácia específica de viabilizar a tutela jurisdicional executiva. É o legislador que estabelece as características formais da representação documental que deve assumir a norma individualizada para ensejar a outorga da tutela jurisdicional executiva. Ela poderá ser produzida integralmente mediante controle jurisdicional, e constituirá título executivo judicial; poderá ser originada sem nenhuma participação do Estado-juiz e será título extrajudicial; e, finalmente, a identificação da norma concreta poderá estar representada em parte por documentação extrajudicial e em parte judicial, e o título executivo será misto.⁴ Uma coisa, porém, é certa: quando uma norma jurídica concreta estiver integralmente identificada mediante atividade jurisdicional, o legislador já não poderá negar-lhe a

eficácia executiva, pois isso constituiria atentado ao direito constitucional de ação, que compreende, como é sabido, também o direito ao exercício da pretensão de executar.

3 SENTENÇAS CONDENATÓRIAS

A tese segundo a qual apenas sentença condenatória é título executivo, verdadeiro dogma para a maioria da doutrina, é de difícil demonstração. A dificuldade reside, desde logo, na identificação da natureza dessa espécie de sentença. Para Liebman, “a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: em primeiro lugar, declara o direito existente – e nisto ela não difere de todas as outras sentenças (função declaratória); e, em segundo lugar faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes na ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisto reside a sua função específica, que a diferencia das outras sentenças.”⁵ *Fazer vigorar a força coativa da sanção* não constitui, propriamente, função da sentença condenatória, mas sim da ação executiva que a ela posteriormente segue. Pois bem, conforme observou Barbosa Moreira, “se não é de efetivar a sanção que se trata na sentença condenatória, então só uma coisa é concebível que se trate: de *declarar* a sanção a que se sujeita o vencido.”⁶ É assim, ali-

4 Sobre título executivo misto, ZAVASCKI, Teori Albino. *Título Executivo e Liquidação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 64, onde também discorremos sobre o temário abordado no presente estudo.

5 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 16.

6 MOREIRA. Reflexões... p. 76.

ás, que Carnelutti via a sentença condenatória: uma sentença de dupla declaração, a declaração de certeza do que *foi* e do que *devia ser*.⁷ Calamandrei, a sua vez, descreveu a sentença condenatória como a decisão “mediante la cual la autoridad judicial individualizará el concreto precepto jurídico nacido de la norma, establecerá la certeza acerca de cuál ha sido y cuál habría debido ser el comportamiento del obligado y determinará, como consecuencia, los medios prácticos aptos para restablecer en concreto la observância del derecho violado.”⁸

Todavia, conforme anotou o próprio Calamandrei, “nem todas as sentenças condenatórias pressupõem ato ilícito”, assim como “nem todas as sentenças que certificam o ilícito são sentenças condenatórias.”⁹ Ratificando tal objeção, Barbosa Moreira cita como exemplo de sentença condenatória, mas “sem correspondência com atos ou comportamentos antijurídicos”, a da “condenação do litigante vencido ao pagamento das custas processuais e dos honorários de advogado do vencedor, nos sistemas que prevêm como corolário do mero fato do sucumbimento.”¹⁰ Cita, outrossim, as “hipóteses em que se permite ao juiz proferir, antes de vencida a obrigação, sentença idônea para constituir, se o réu não a

cumprir *sponte sua*, título executivo para o autor vitorioso.”¹¹ Poder-se-ia referir outros exemplos, como o das sentenças homologatórias de conciliação ou de transação, que, em nosso sistema, constituem título executivo, inclusive, se for o caso, em favor do réu, e que têm por conteúdo, às vezes, direitos que sequer foram objeto da demanda. Em tais situações certamente não há juízo sobre ilícito ou sua sanção. Não é a aplicação da sanção a um ilícito, portanto, a nota característica da executividade dessa espécie de sentença.

Calamandrei busca superar tais objeções sustentando que a característica da sentença condenatória não está na aplicação ou na declaração da sanção. “Somente há condenação”, diz ele, “quando, por força da sentença, o vínculo obrigacional é substituído por um vínculo de sujeição. A transformação da obrigação em sujeição, esta me parece ser verdadeiramente a função específica da condenação”. E acrescenta: “pode-se dizer que a função da sentença de condenação é a de constituir aquele estado de sujeição, por força do qual o condenado é posto à mercê dos órgãos executivos e submetido a suportar passivamente a execução forçada como um mal inevitável.”¹²

7 CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1971. v. 1. p. 66.

8 CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1986. v. 1. p. 142.

9 CALAMANDREI, Piero. La Condana. In: _____. *Opere Giuridiche*. Nápoli: Morano 1972. v.5. p. 486.

10 MOREIRA. Reflexões... p. 74.

11 Ibidem, p. 75.

12 CALAMANDREI, op. cit. p. 492.

Ocorre que o estado de sujeição a que se refere Calamandrei é próprio de qualquer título executivo, inclusive dos extrajudiciais, e não apenas da sentença condenatória. Ele não é, portanto, “constituído” pelo ato sentencial. É, antes, conseqüência natural da norma jurídica consubstanciada no título executivo, mais especificamente do enunciado da perinorma, que estabelece a sanção jurídica para a hipótese de descumprimento. Aliás, esta mesma objeção pode ser colocada à doutrina de Liebman, quando sustenta que a sanção à violação do direito é *constituída* pela sentença condenatória, e daí a razão de ser ela, no seu entender, pré-requisito indispensável à execução forçada. Também a sanção jurídica decorre da norma, e não da sentença. Esta, no máximo, a identifica e declara.

Com efeito, a sanção jurídica, assim considerada como a reação do direito à inobservância ou à violação das suas normas, não só está prevista no preceito normativo, como também constitui um dos seus elementos essenciais, o da perinorma (ou norma secundária), cujo destinatário é o órgão estatal encarregado de prestar jurisdição. “O que se chama de sanção”, diz Bobbio, “outra coisa não é senão o comportamento que o juiz deve ter em uma determinada circunstância.”¹³ Atribuir ao lesado a faculdade de exigir a prestação jurisdic-

ional é, portanto, qualidade inerente à própria norma jurídica. É justamente essa *atributividade* ou, como preferem alguns, esse *autorizamento*,¹⁴ a mais marcante diferença entre a norma jurídica e as outras normas de conduta: “a essência específica da norma jurídica é o autorizamento, porque o que compete a ela é autorizar ou não o uso dessa faculdade de reação do lesado. A norma jurídica autoriza que o lesado pela violação exija o seu cumprimento ou a reparação pelo mal causado.”¹⁵ “A norma jurídica *permite* que o lesado pela violação dela exija o cumprimento dela”, escreveu Goffredo Telles Júnior, acrescentando: “em virtude do autorizamento, o lesado pode, com fundamento jurídico, completar sua interação com quem o prejudicou. Após a *ação violadora* da norma jurídica, a própria norma violada autoriza e permite a reação competente.”¹⁶ Esse é, aliás, o elemento distintivo por excelência entre a norma jurídica e as demais normas de conduta: a aptidão para atribuir ao lesado a faculdade de exigir o seu cumprimento forçado. Segundo a lição clássica de Luis Recasens Siches,

en el Derecho, cabalmente la posibilidad predeterminada de esa ejecución forzada, de la imposición inexorable de lo determinado en el precepto jurídico, incluso por medio de poder físico, constituye un ingrediente esencial de éste. La

13 BOBBIO, Norberto. *Teoria general de derecho*. Tradução Jorge Guerrero R.. 2ed. Santa Fe de Bogota, Colombia: Temis, 1992. p. 125.

14 TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito Quântico*. São Paulo: Max Limound. p. 263.

15 DINIZ, Maria Helena Diniz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 341.

16 TELLES JÚNIOR. *Direito Quântico*. p. 263.

sanción jurídica, como ejecución forzada de la conducta mandada en el precepto [...], o como ejecución forzada de una conducta sucedánea de reparación o compensación, o como retribución de una infracción consumada ya irremediable – pena – constituye un elemento esencial de la norma jurídica.¹⁷

É equívoco, portanto, afirmar que a sentença condenatória, ou outra sentença qualquer, é *constitutiva* da sanção ou do estado de sujeição aos atos de execução forçada. Não é esta, conseqüentemente, a justificação para a força executiva dessa espécie de sentença. Sua executividade decorre, isto sim, da circunstância de se tratar de sentença que traz identificação *completa* de uma norma jurídica individualizada, que, por sua vez, tem em si, conforme se viu, a força de autorizar a pretensão à tutela jurisdicional. Se há “identificação completa” da norma individualizada é porque a fase cognitiva está integralmente atendida, de modo que a tutela jurisdicional *autorizada* para a situação é a executiva.

Ocorre que tais virtudes e características não são exclusivas da sentença condenatória, podendo ser encontradas em outros provimentos jurisdicionais, inclusive em certas sentenças declaratórias. Veja-se.

4 SENTENÇAS DECLARATÓRIAS

A ação puramente declaratória, e, portanto, a sentença que nela vier a ser

proferida, tem por objeto, segundo o artigo 4º do CPC, a declaração “da existência ou inexistência de relação jurídica” ou “da autenticidade ou falsidade de documento”. Segundo os padrões tradicionais, não compõe seu objeto o juízo a respeito da violação da norma individualizada ou da sanção correspondente. A declaração de certeza, nestas ações, refere-se, como ensinava Calamandrei, ao preceito primário (“no transgredido todavia, pero incierto”) e não ao mandado sancionatório.¹⁸

Nesse pressuposto, identificada a relação entre o objeto da ação puramente declaratória e a norma primária (enunciado endonormativo), conclui-se que nela não se faz juízo sobre a sanção (enunciado da perinorma), do que somente se poderia cogitar caso já tivesse havido violação. Por isso mesmo, aliás, a doutrina clássica a respeito das lides que fazem surgir interesse de mera declaração assinala o *caráter preventivo* da correspondente tutela jurisdicional. Não são lides de dano, mas de probabilidade de dano, dizia Carnelutti,¹⁹ e têm origem, não no descumprimento da obrigação, mas sim na dúvida a respeito da *existência* da relação jurídica, ou do seu *modo de ser* ou, quem sabe, do *conteúdo* da prestação ou da sanção que, no futuro, poderá ser exigida. Evidencia-se, assim, que, em regra, na sentença puramente declaratória há enunciados de certeza sobre *um ou mais de um dos elementos da norma jurídica*

17 RECASENS SICHES, Luis. *Estudios de filosofía del derecho*. Barcelona: Bosch 1936. p. 128. No mesmo sentido: DINIZ. *Compêndio...* p. 341.

18 CALAMANDREI. *Instituciones...* p. 152 e 168.

19 CARNELUTTI. *Derecho y Proceso*. p. 67.

concreta, mas não sobre o seu todo (endonorma e perinorma), nem, especialmente, sobre a existência de uma prestação *exigível*.

Assim entendida tal espécie de sentença, faz sentido afirmar, na linha do pensamento clássico, que elas não constituem títulos executivos, e se acrescenta – também sob influência desses mesmos padrões –, que apenas as sentenças condenatórias, que trazem identificação completa da norma individualizada, podem servir de base à execução. O Código de Processo Civil de 1939 refletia justamente essa doutrina, quando dispunha, no seu artigo 290, que “na ação declaratória, a sentença que passar em julgado valerá como preceito, mas a execução do que houver sido declarado somente poderá promover-se em virtude de sentença condenatória”.

Ocorre que o Código de 1973, no parágrafo único do artigo 4º, trouxe dispositivo inovador: “é admissível a ação declaratória ainda que tenha ocorrido a violação do direito”. Ao assim estabelecer, dá ensejo a que a sentença, agora, possa fazer juízo, não apenas sobre o preceito da endonorma (mandato primário não transgredido), mas também sobre o da perinorma (mandato sancionatório), permitindo, nesse último caso, juízo de definição inclusive a respeito da *exigibilidade* da prestação devida. Sentença de tal conteúdo representa, sem dúvida, um comprometimento do padrão clássico de tutela puramente declaratória (como tutela tipicamente *preventiva*), circunstância que não pode ser desconsiderada pelo intérprete.

Ora, se tal sentença traz definição de certeza a respeito, não apenas da exis-

tência da relação jurídica, mas também da exigibilidade da prestação devida, não há como negar-lhe, categoricamente, eficácia executiva. Conforme assinalado anteriormente, ao legislador ordinário não é dado negar executividade a norma jurídica concreta, certificada por sentença, se nela estiverem presentes todos os elementos identificados da obrigação (sujeitos, prestação, liquidez, exigibilidade), pois isso representaria atentado ao direito constitucional à tutela executiva, que é inerente e complemento necessário do direito de ação. Tutela jurisdicional que se limitasse à cognição, sem as medidas complementares necessárias para ajustar os fatos ao direito declarado na sentença, seria tutela incompleta. E, se a norma jurídica individualizada está definida, de modo completo, *por sentença*, não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submetê-la, antes da execução, a um segundo juízo de certificação, até porque a nova sentença não poderia chegar a resultado diferente do da anterior, sob pena de comprometimento da garantia da coisa julgada, assegurada constitucionalmente. Instaurar a cognição sem oferecer às partes e principalmente ao juiz outra alternativa de resultado que não *um já prefixado*, representaria atividade meramente burocrática e desnecessária, que poderia receber qualquer outro qualificativo, menos o de jurisdicional. Portanto, repetimos: não há como negar executividade à sentença que contenha definição completa de norma jurídica individualizada, com as características acima assinaladas. Talvez tenha sido esta a razão pela qual o legislador de 1973, que in-

cluiu o parágrafo único do artigo 4º do CPC, não tenha reproduzido no novo Código a norma do art. 290 do CPC de 1939.

Interpretação sistemática do Código, especialmente depois das reformas que lhe foram impostas a partir de 1994, permite que se vá mais longe. Imagine-se sentença que, em ação declaratória, defina, com força de coisa julgada, que a entrega de certa quantia de Pedro para Paulo foi a título de mútuo, e não de doação, e que o prazo para devolvê-la deve ocorrer (ou já ocorreu) em determinada data; ou que a ocupação do imóvel de Joana por Maria não é a título de comodato, mas de locação, e que o valor mensal do aluguel é de R\$ 300,00, pagáveis no dia 30 de cada mês. Há, em tal sentença, como se percebe, definição de norma jurídica individualizada, contendo obrigação da pagar quantia certa. Se a definição dessa mesma norma estivesse representada em documento particular assinado pelas partes e por duas testemunhas, ela constituiria título executivo, nos termos do inciso II, do art. 585 do CPC. Igualmente, se a definição decorresse de documento firmado perante tabelião. Também teria força executiva se tivesse sido definida por autocomposição (transação) referendada pelo Ministério Público, ou pela Defensoria Pública ou, ainda, pelos advogados dos transatores. Ora, nos exemplos dados, a norma individualizada e a relação jurídica correspondente têm grau de certeza muito mais elevado: elas foram definidas em processo de que participaram não apenas as partes, mas também os seus advogados, e, sobretudo, o próprio Esta-

do-juiz, dando ao ato certeza oficial. Nessas circunstâncias, negar força de título executivo a esta espécie de sentença seria atentar contra o sistema processual, sua lógica e os valores nele consagrados.

Não parece procedente, portanto, a afirmação de que as sentenças declaratórias *jamaiz* podem servir de base à execução forçada. Isso fica também evidenciado do exame, que a seguir se fará, da denominada “condenação para o futuro”.

5 OBRIGAÇÕES CONDICIONAIS E “CONDENAÇÃO PARA O FUTURO”

Segundo dispõe o artigo 572 do CPC, “quando o juiz decidir relação jurídica sujeita a condição ou termo, o credor não poderá executar a sentença sem provar que realizou a condição ou que ocorreu o termo”. Decorre desse preceito que: (a) é possível “decidir relação jurídica sujeita a termo ou condição” mesmo *antes da ocorrência* deles; e que (b) a decisão assim tomada é título executivo, quando acompanhada da prova de “que se realizou a condição ou que ocorreu o termo”. Os que sustentam que apenas a sentença condenatória é apta a desencadear o processo de execução encontram dificuldades em justificar a executividade do provimento a que se refere o citado artigo, especialmente quando se refere a relação jurídica subordinada a condição suspensiva.

Realmente, em se tratando de ato ou negócio jurídico subordinado a condição suspensiva, enquanto não se realizar a condição não há direito subjeti-

vo, já que não ocorreu eficácia alguma (“não se terá adquirido o direito, a que ela visa”, diz o Código Civil, art. 118).²⁰ Não há direito subjetivo e nem é certo que ele vá nascer. Inimaginável supor que a sentença que decide relação jurídica sujeita a condição suspensiva possa conter imposição de sanção: não houve violação nem é certo que irá haver, até porque a obrigação nem mesmo existe e sequer é possível saber se ela algum dia existirá. A sentença que assim dispusesse seria condicional e, portanto, nula. Ora, desconsiderada a pretensão do autor em haver a aplicação da sanção, o interesse de agir – e, portanto, a correspondente sentença – só pode dizer respeito, nessas ações, à necessidade de eliminar eventuais incertezas sobre a relação jurídica, ou seja, a sentença de procedência só pode ter natureza declaratória.

No que respeita à relação jurídica sujeita a termo (*inicial*), o problema não é muito diferente. É sabido que, nessa espécie de relação, o direito subjetivo existe mesmo antes do advento do termo, pois, ao contrário do que se passa com a condição suspensiva, ele nasce com a prática do ato ou com a celebra-

ção do negócio jurídico. Não é menos certo, todavia, que, enquanto pendente o termo, não há inadimplemento da obrigação e a prestação é, portanto, inexigível. Em suma: não ocorreu violação do direito, nem há como saber, nesse momento, se ela efetivamente ocorrerá, já que não se pode descartar a hipótese de que, na ocorrência do termo, haja execução espontânea da obrigação pelo devedor. Não será cabível, portanto, nas circunstâncias, pleitear judicialmente a imposição de sanção. Sendo assim, e utilizando linguagem Carneluttiana, é de se supor que as lides eventualmente exurgentes antes da ocorrência do termo não serão lides de dano, mas lides de perigo, ou seja, de “probabilidade de dano”.²¹ Só podem ser lides que surgem pela contestação da *existência* da relação jurídica, ou do seu *modo de ser*, ou, quem sabe, do *conteúdo* da sanção que poderá vir a ser exigida em caso de futuro – mas ainda incerto – inadimplemento da prestação. Conseqüentemente, o interesse de agir estará limitado a obter, por sentença, um acerto preventivo sobre a existência ou o conteúdo da relação jurídica,²² ou, como diria Calamandrei, “a elimi-

20 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v.2. p. 82; DINIZ, Maria Helena *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.2. p. 132.

21 CARNELUTTI. *Derecho y Proceso*. v. 1. p. 67.

22 São raros os precedentes jurisprudenciais sobre sentença que julga relação jurídica sujeita a condição ou a termo. Especificamente sobre relação jurídica a termo, registram-se os casos de demandas promovidas contra administradoras de consórcio, que, com base em cláusula contratual, entendiam indevida a incidência de correção monetária sobre o valor das prestações a serem restituídas aos consorciados desistentes. A jurisprudência que se firmou no STJ foi no sentido de que, embora a restituição fosse devida tão somente depois de trinta dias do encerramento do plano (obrigação a termo, portanto), já detinha o consorciado, antes desse prazo, interesse de agir, considerada a manifesta e antecipada resistência da administradora em *reconhecer* o direito à referida

nação preventiva da falta jurídica de certeza.”²³ Essa “função exclusivamente preventiva” é típica da sentença declaratória. Também aqui a sentença que, desde logo, impusesse sanção (condenatória) seria condicional e, portanto, nula (CPC, art. 460, § único), porque dependeria de prova futura da ocorrência do ilícito, ainda não acontecido.

É artificiosa, sob esse aspecto, a construção doutrinária em torno da denominada condenação para o futuro, formulada para manter o dogma de que somente a sentença condenatória é título executivo. “La denominada *condena en futuro*”, escreveu Carnelutti,

no es otra cosa, en verdad, que disfrazar una decisión de declaración de mera certeza; ciertamente, si el incumplimiento no se ha verificado todavía, no puede haver declaración de responsabilidad y, con ella, sustancia de condena; la condena, en cuanto el obligado no cumpla en el futuro una obligación todavía no exigible en el ato de la declaración de certeza, no ofrece al juez certeza alguna sobre el incumplimiento y, por tanto, se reduce a una mera declaración de certeza de la obligación, y no hay entre la declaración y la condena *in futuro* ninguna diferencia apta

para explicar por qué en un caso, y no en el otro, la decisión deba ser susceptible de ejecución forzada.²⁴

O título executivo, no caso do artigo 572 do CPC, não é, portanto, uma sentença condenatória. Ele, na verdade, têm uma composição mista, sendo formado (a) da sentença que “decidir a relação sujeita a condição”, que tem natureza declaratória, só podendo dizer respeito à existência ou ao conteúdo do ato ou do negócio jurídico, e não da existência do direito ou da obrigação em si mesmos; (b) de documento comprobatório da realização da condição e, portanto, da certeza quanto à existência da obrigação; e (c) de documento comprobatório da ciência do fato pelo devedor, requisito configurador da exigibilidade.

6 OUTROS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS NÃO CONDENATÓRIOS QUE CONSTITUEM TÍTULO EXECUTIVO

Há outros provimentos jurisdicionais que, embora com força executiva, não possuem as características de sentença de condenação, tal como definida na doutri-

correção. Sobre a natureza da pretensão que, nessas circunstâncias poderia ser judicialmente deduzida, não houve, contudo, harmonia de entendimento. Há precedentes no sentido de que se trata de “sentença condenatória a termo” (Resp 53.193-4, 3ª Turma, Min. Eduardo Ribeiro. DJ de 31.10.94), mas, em nosso entender, mais precisos são os julgados segundo os quais o consorciado pode é promover “ação para ver declarado seu direito à atualização de seu crédito” (Resp 56.316, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 07.08.95). Aliás, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde essas questões tiveram origem, admitindo a existência de interesse de agir do consorciado, deixou evidenciado, em acórdão de lavra do Des. Araken de Assis, a natureza preventiva (e, portanto, não condenatória) da tutela que, nestes casos, é conferida ao demandante (Apelação Cível 593.016.413, 5ª Câmara Cível. Revista Jurídica 191:57).

23 CALAMANDREI. *Instituciones...* p. 152.

24 CARNELUTTI. *Derecho y Proceso*. v.1. p. 355.

na corrente. Assim, dão ensejo à execução forçada, por disposição do CPC, as seguintes sentenças: a) a de que trata o seu artigo 76 quando, ao julgar denúncia da lide, o juiz “*declara, conforme o caso, o direito do evicto, ou a responsabilidade por perdas e danos*”; b) a de que trata o § 2º do artigo 899, que julga ação consignatória em que o depósito oferecido pelo autor foi insuficiente, propiciando que o juiz *determine* o montante da insuficiência, ainda devido pelo autor (sentença que constituirá título executivo em favor do réu); c) a de que trata o artigo 918, quando, ao decidir ação de prestação de contas, o juiz *declara*, na sentença, o montante de saldo credor (que pode favorecer o autor ou o réu).

São também títulos que ensejam execução forçada as sentenças que têm como “efeito anexo”²⁵ o de tornar certa a obrigação de ressarcir danos. É o caso das sentenças que extinguem a execução provisória, das quais decorre, automaticamente, independentemente de condenação, a responsabilidade do exequente pelos prejuízos sofridos pelo executado, nos termos do artigo 588, I, do CPC. Da mesma forma, nas situações previstas no artigo 811 do CPC, nasce a executividade, independentemente de condenação, de provimentos jurisdicionais que produzem a ineficácia das medidas cautelares e das quais decorre, como consequência natural da ordem jurídica, a responsabilidade objetiva do requerente pelos prejuízos

causados ao requerido. Outro exemplo significativo de sentença que dispensa condenação para ter força executiva é a que julga procedente a ação de resilição de contrato de promessa de compra e venda. Segundo a jurisprudência do STF, reafirmada pelo STJ, em casos tais, a sentença é título para a ação de execução visando a entrega da coisa, independentemente de ter havido pedido explícito ou condenação específica a respeito, pois a obrigação de restituir o bem é efeito necessário e natural da resolução do compromisso.²⁶ Assemelham-se, tais hipóteses, à da sentença penal condenatória, da qual decorre, como efeito natural e necessário a obrigação de reparar os danos. Aliás, no âmbito do processo penal têm, igualmente, força executiva no juízo cível o acórdão do tribunal que, julgando procedente a ação de revisão criminal, reconhece ao interessado “o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos” em decorrência da indevida condenação (CPP, art. 630). Responderá pela indenização, independentemente de condenação específica, a União ou o Estado membro cuja Justiça tiver proferido a sentença revisada, cabendo ao juízo cível promover a liquidação (§ 1º) e a execução.

7 CONCLUSÕES

Pode-se afirmar, em conclusão, que:
a) o título executivo é a representação

25 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 113.

26 STF, RE 99.339, 1ª Turma, Min. Sydney Sanches, RTJ 114:693; STJ, Resp 18.000, 4ª Turma, Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 07.06.93.

documental de uma norma jurídica individualizada, contendo obrigação líquida, certa e exigível, de entregar coisa, ou de fazer, ou de não fazer, ou de pagar quantia em dinheiro, entre sujeitos determinados; b) a sentença civil condenatória é título executivo porque contém definição completa de norma jurídica individualizada com aquele conteúdo; c) não se pode afirmar, contudo, que apenas essa sentença tem eficácia executiva, já que o sistema processual confere executividade a outros provimentos jurisdicionais sem natureza condenatória; d) não procede a afirmação de que a sentença meramente declaratória jamais é título executivo; ela terá força executiva quando contiver certificação de todos os elementos de uma norma jurídica concreta, relativa a obrigação com as características acima referidas.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Teoria general de derecho*. Tradução Jorge Guerrero R.. 2.ed. Santa Fe de Bogota, Colombia: Temis, 1992.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1986. v. 1.
- _____. La Condana. In: _____. *Opere Giuridiche*. Nápoli: Morano 1972. v.5.
- CARNELUTTI, Francesco. *Derecho y proceso*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1971. v. 1.
- DINIZ, Maria Helena Diniz. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v.2
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Proceso de Execução*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reflexões Críticas sobre uma Teoria da Condenação Civil. In: TEMAS de Direito Processual Civil: 1ª Série. São Paulo: Saraiva, 1977.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense. v.2.
- RECASENS SICHES, Luis. *Estudios de filosofia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1936.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Sentença e Coisa Julgada*. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- TELLES JÚNIOR, Goffredo. *Direito Quântico*. São Paulo: Max Limound.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Título Executivo e Liquidação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

METRÓPOLE
Indústria Gráfica Ltda.
Fone/Fax: (51) 3318-6355
e-mail: mig@mig.com.br
www.mig.com.br

Revista da

Faculdade de Direito UFRGS

Av. João Pessoa, n. 80 - CEP 90.040-000 - Porto Alegre/RS - Brasil
Tel: (51) 3316-3118 / 3316-3128 / 3316-3555 / 3316-3464

REPRESENTANTES

ACRE

M.M. Paim Representações e Comércio – livrariapaim@uol.com.br

AMAZONAS

Travessia Editora e Livraria Ltda. – livraria_valer@hotmail.com

BAHIA/SERGIPE

LDM Livraria e Distribuidora Multicampi Ltda. – ldm@livrariamulticampi.com.br

DISTRITO FEDERAL

J. Quinderé Distribuidora de Livros Ltda. – F: (61) 347-8461

GOIÁS

Araújo e Dias Ltda. – dama@ih.com.br

MATO GROSSO

Marchi Livraria e Distribuidora Ltda. – fmarchi@terra.com.br

MINAS GERAIS

Alpha Distribuidora de Livros Ltda. – alphalivros@bol.com.br

PARANÁ

Livraria Millenium Ltda. – livraria@milleniumlivraria.com.br

PERNAMBUCO

Livraria e Distribuidora Recife Ltda. – livrecif@hotlink.com.br

RIO DE JANEIRO

Prefácio Distribuidora de Livros Ltda. – prefacio@terra.com.br

RIO GRANDE DO NORTE

Poty Livros Distribuidora Ltda. – potylivros@digi.com.br

RIO GRANDE DO SUL

Multilivro Distribuidora e Livraria Ltda. – livro@via-rs.net

SANTA CATARINA

Livraria Livros & Livros Ltda. – livroselivrosestoque@terra.com.br

SÃO PAULO

Batatais Comércio e Represent. de Livros Ltda. – batatais@terra.com.br

EDUSP – Editora Universidade de São Paulo – isafonso@usp.br

Empório do Livro – emporiadolivro@uol.com.br

Tecmedd Distribuidora de Livros Ribeirão Preto Ltda. – tecmedd@tecmedd.com.br

TOCANTINS

S.G.Vieira – palmasculatural@bol.com.br



Editora Sulina

www.editorasulina.com.br

ISSN 0104-6594



9 770104 659008