

ISSN 2175-2176



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

Ano IV - Número 14
Abril a Junho de 2012

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Fernando Maximo de A. Pizarro Drummond

Conselho Editorial

Antonio Luiz Calmon Teixeira da Silva - Ba

Alexandre Brandão Martins Ferreira - Rj

Claudia Lima Marques - Rs

Claudio Araújo Pinho - Mg

Ester Kosovski - Rj

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado - Rj

José Ribas Vieira - Rj

Luiz Dilermando de Castelo Cruz - Rj

Vitor Sardas - Rj

INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS.

REVISTA DIGITAL

Rio de Janeiro: IAB, 2012.

Ano IV – Número 14. Abril a Maio de 2012

Periodicidade: Trimestral

Acesso: <http://www.iabnacional.org.br>

ISSN 2175-2176

FICHA CATALOGRÁFICA

Índice

DOCTRINA

- 5** **Assis, José Eduardo Ribeiro de**

 A Interpretação Jurídica Nas Visões de Emilio Betti E Hans-Georg Gadamer
- 25** **Bottino, Thiago**
 Criação do Crime de Perjúrio (PARECER)
- 44** **Fragoso, Fernando**

 O Juiz das Garantias no Projeto de Código de Processo Penal
- 52** **Garcez, José Maria Rossani**

 A Favor da Ratificação pelo Brasil da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, de 1980 – Uma Lei Uniforme Para Regência Desses Contratos. (PARECER)
- 155** **Grechi, Frederico Price**

 A eficácia da dignidade da pessoa humana no direito privado: necessidade de um critério mínimo de legitimação pautado nas dimensões da justiça para a sua interpretação e aplicação efetiva.

172 Glanz, Semy

Novos Direitos da Personalidade.

187 Silva, Ronaldo Lastres

Ortotanásia - Projeto de Lei Nº 6715/2009 - (PARECER)

205 Orleans, Helen Cristina Leite de Lima

Família e Relações de Poder - Breve análise da teoria de Foucault e as alterações no núcleo familiar

229 Ramidan, Marco Apolo da Silva

O Amicus Curiae, A Experiência Americana e Européia e uma Análise em Torno da Adoção no Sistema Brasileiro à Luz do Controle de Constitucionalidade.

A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA NAS VISÕES DE EMILIO BETTI E HANS-GEORG GADAMER

José Eduardo Ribeiro de Assis

Define-se hermenêutica como “método de interpretação, primeiro, dos textos e depois, do universo social, histórico e psicológico”. ¹

Em que pese a referência à preocupação dos gregos em fixar regras de interpretação para os seus poetas, é a partir de Schleiermacher (que se ocupava como professor de teologia e tradutor de Platão) que a hermenêutica começa a tomar seu feitiço atual ², não obstante afirmasse ele que “a hermenêutica jurídica não é completamente a mesma coisa” ³. Ela lida, na maior parte das vezes, com a determinação da extensão da lei, isto é, com a relação dos princípios gerais com o que neles não foi concebido claramente”. ⁴ Preocupa-se ele, primordialmente, com a hermenêutica teológica.

Contudo, a preocupação com a hermenêutica não é nova no direito.

¹ Simon Blackburn, Dicionário Oxford de filosofia, pág. 181.

² Schleiermacher fundou a hermenêutica moderna, desenvolvendo-a como uma técnica universal de compreender, uma doutrina com regras e normas com as quais se poderia interpretar toda espécie de textos e toda forma de comunicação lingüística” (Edimarcio Testa, *Hermenêutica filosófica e histórica*, pág. 81).

³ Esta referência “à mesma coisa” diz respeito à hermenêutica teológica.

⁴ *Hermenêutica – arte e técnica da interpretação*, pág. 29.

Há no estudo do direito uma preocupação eminentemente prática. Ao analisar o conceito de ciência do direito, lembra Aloysio Ferraz Pereira que “o direito é feito para o foro, para a praça pública; sua experiência é uma experiência social ou, se se quiser, intersubjetiva”.¹ Este viés pragmático também não escapou da visão de Gadamer que, ao analisar a questão da hermenêutica jurídica, lembrou que “no que se refere à hermenêutica, é natural confrontarmos a dissociação entre teoria e práxis – que corresponde ao conceito moderno de ciência teórica e a sua aplicação prático-técnica – com uma ideia do saber que percorreu o caminho inverso, partindo da práxis para alcançar sua conscientização teórica”².

Certamente este foi um dos motivos que fez com que a preocupação com o estudo da hermenêutica sempre estivesse presente entre os aplicadores do Direito. No caso brasileiro, o Decreto nº 1.386, de 28/4/1854 (que deu novos estatutos para os cursos jurídicos, que passaram a denominarem-se Faculdades de Direito), estabeleceu novos conteúdos programáticos para tais cursos³. Criaram-se novas disciplinas, sendo que no 5º ano uma delas deveria versar sobre “hermenêutica jurídica, processo civil e criminal, incluído o militar, e prática jurídica”.⁴

Seis anos após, em 1860, vinha a lume a primeira edição da primeira obra brasileira dedicada à hermenêutica jurídica: o “compêndio de hermenêutica jurídica”, de Paula Baptista⁵.

¹ O Direito como ciência, pág. 47.

² Verdade e Método, vol. II, pág. 364.

³ A este respeito, vide Moacyr Lobo da Costa, no prefácio à obra “Cinco lições de hermenêutica jurídica”, do Barão de Ramalho.

⁴ Neste momento histórico, Gadamer observa que a hermenêutica jurídica “como uma disciplina subsidiária da dogmática jurídica de um novo estilo, foi relegada à margem da jurisprudência” (Verdade e método, vol. II, página 130).

⁵ É interessante notar que, ao discorrer acerca da *importância e autoridade* da hermenêutica jurídica, Paula Baptista afirmou que “a sua importância e autoridade é imensa, e deriva do interesse público, **que exige que as leis**

A visão clássica da hermenêutica jurídica parte de uma tricotomia de termos ¹: à *hermenêutica* cabe estabelecer os princípios que regem o processo de interpretação; fixados os princípios, parte-se para o próprio processo de *interpretação* propriamente dito, aplicando-se aqueles princípios à norma em análise ²; já a *aplicação* ³ consiste no “enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada” ⁴.

Para o processo de interpretação, o jurista dispõe de diversos métodos. Diz-se que, quanto à natureza, há os seguintes métodos:

A) A interpretação gramatical (ou literal) – método típico da Escola da Exegese ⁵, e tido como método reducionista da problemática envolvida no processo de

tenham aplicação fiel ao pensamento do legislador.” (ob. cit., pág. 3. Grifos nossos). A obra de Paula Baptista, um manual com finalidade eminentemente didática, foi aprovado pelo Governo e adotado como compêndio oficial nas Faculdades de Direito.

¹ Esta divisão trífida parece remontar à tradição do estudo da hermenêutica. Lembra Gadamer que “na velha tradição da hermenêutica, que se perdeu completamente na autoconsciência histórica da teoria pós-romântica da ciência, esse problema ainda ocupava um lugar sistemático. O problema hermenêutico se dividia como segue: distingue-se uma *subtilitas intelligendi*, compreensão, de uma *subtilitas explicandi*, a interpretação, e durante o pietismo se acrescentou como terceiro componente a *subtilitas applicandi*, a aplicação.” (Verdade e Método, vol. I, pág. 406).

² Não é por outra razão que vários autores mencionam um rol de “regras de interpretação”. Veja-se, por exemplo, o longo rol apresentado por R. Limongi França (Hermenêutica jurídica, págs. 45 e seguintes).

³ Gadamer critica esta divisão entre *interpretação* e *aplicação*. Para ele, há que se diferenciar o jurista (que “toma o sentido da lei a partir de e em virtude de um determinado caso dado”) e o historiador jurídico (que “procura determinar o sentido da lei, visualizando construtivamente a totalidade do âmbito de aplicação da lei”). No caso do jurista, “a tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, ou seja, é a tarefa da *aplicação*” (Verdade e método, vol. I, páginas 428 e 432. Grifos do original).

⁴ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica a aplicação do direito*, página 5.

⁵ O princípio da Escola da Exegese era o de que “quando a lei é clara, a interpretação deve ser essencialmente *gramatical* ou *literal*, ou, melhor, a missão do intérprete se reduz a dar ao texto toda a compreensão que sua fórmula comporte, porque *in claris cessat interpretatio*” (Mário Franzen de Lima, *Da interpretação jurídica*, pág. 15. Grifos do original). Ademais, “interpretar incumbe àquele a quem compete fazer a lei – eis o renitente dogma romano da época de Constantino, que desafiou mais de dois milênios. Por esta forma se objetivava preservar a legalidade, impedindo que o juiz, pela interpretação, substituísse o legislador” (J.M. Othon Sidou, *O direito legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis*, pág. 238). Evidentemente, a Escola da Exegese é “o reflexo do postulado liberal-

interpretação ¹. Este método busca “estabelecer o sentido da lei com base no texto escrito, na letra da lei; é o estudo das *verba legis*, primeira fase da interpretação da lei, pois ela começa sempre pela compreensão das palavras” ².

B) A interpretação lógica (ou dogmática) – não trata da simples análise da estrutura lógica da norma. Como observa Glauco Barreira Magalhães Filho, “A interpretação lógica em sentido estrito, que nos interessa agora, é aquela da norma a partir do elemento exterior que está imediatamente ligado a ela, ou seja, a vontade do legislador. É verdade que já houve quem entendesse a interpretação lógica como aquela que estuda a conexão entre as palavras dentro das frases que compõem o texto normativo, mas aí nós teríamos a análise sintática e, logo, interpretação gramatical.” ³

C) A interpretação sistemática – parte do pressuposto de que “todas as frações do sistema jurídico estão em conexão com a inteireza de seu espírito, daí resultando que qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios gerais, de normas e de valores constituintes da totalidade do sistema jurídico.” ⁴

individualista de não deixar margem ao arbítrio do juiz. Isto decorria do exagerado liberal-individualismo revolucionário que predominou em boa parte do século XIX” (Alípio Silveira, *Hermenêutica jurídica*, vol. 4, página 115).

¹ Neste sentido, lembra Francesco Ferrara que “o sentido literal é incerto, hipotético, equívoco. Também os que atuam *in fraudem legis* observam o sentido literal da lei, e no entanto violam o seu espírito” (*Interpretação e aplicação das leis*, pág. 140).

² Sonia Maria S. Segnanfredo, *Como interpretar a lei*, página 49. Grifos do original.

³ *Hermenêutica jurídica clássica*, página 33. Adotando o entendimento contrário sustentado por este autor, vide R. Limongi França: “a interpretação *lógica* é aquela que se leva a efeito mediante a perquirição do sentido das diversas locuções e orações do texto legal, bem assim através do estabelecimento da conexão entre os mesmos. Supõe quase sempre a posse dos meios fornecidos pela interpretação gramatical” (*Hermenêutica jurídica*, página 27. Grifos do original).

⁴ Juarez Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, página 47. Este autor sustenta a prevalência deste método sobre os demais, ao afirmar que “é, pois, a interpretação sistemática o processo hermenêutico por essência do Direito” (ob. cit. página 49).

D) A interpretação histórica – é a que “indaga das condições de meio e momento da elaboração das norma legal, bem assim das causas pretéritas da solução dada pelo legislador” ¹.

E) A interpretação teleológica - Teve como grande arauto Ihering, para quem o “homem que obra não obra *porque*, mas *para que*” ². Desta forma, o “método teleológico está ubicado numa perspectiva antinormativista a anticonceitualista, considerando o problema do fim com o elemento metodológico principal”. ³

F) A interpretação sociológica – busca interpretar a lei em face dos conflitos e necessidades sociais. Evidentemente, de “as normas positivas não se alteram, à proporção que evolui a sociedade, cabe à magistratura adaptar o texto às condições emergentes, imprevistas e imprevisíveis” ⁴

Já com relação aos efeitos, a interpretação pode ser declarativa, extensiva ou restritiva. Na extensiva, “o texto se mostrava inexato, ou inadequado para traduzir plenamente o fim procurado pelo intérprete *minimum dixit quam voluit* (‘disse menos do que quis exprimir’) ⁵; na declarativa, “há uma identificação entre o espírito da lei e a letra da lei” ⁶ , ou seja, a simples interpretação gramatical já bastaria, não havendo possibilidade de se chegar a resultado diverso; na restritiva “a letra da lei é mais ampla que o espírito da

¹ R. Limongi França, ob. cit., página 28.

² Rudolf Von Ihering, A Evolução do Direito, página 17. Grifos do original.

³ Christiano José de Andrade, O problema dos métodos da interpretação jurídica, página 56.

⁴ Maria da Conceição Ferreira Magalhães, Hermenêutica jurídica, página 133.

⁵ Jonatas Milhomens, Hermenêutica do direito processual civil, página 134.

⁶ Glauco Barreira Magalhães Filho, Hermenêutica jurídica clássica, pág. 47.

lei, havendo a necessidade de o aplicador do Direito restringir o alcance das palavras contidas no texto normativo” ¹.

Evidentemente, independentemente do método adotado, toda a interpretação jurídica deve ser realizada à luz dos valores próprios do Direito. Dentre estes valores ressalta a segurança jurídica ², a respeito da qual afirma A. Machado Paupério que:

“Muitas vezes o que no interesse da segurança assume o papel de ‘*summum jus*’, torna-se em função do bem comum ‘*summa injuria*’. Nem sempre a segurança, em excesso, pode trazer vitalidade ao direito. O mesmo acontece com a liberdade, que não raro conspurca e prostitui o direito. A própria justiça muitas vezes tem de ser postergada por imperativos de bem comum.

Mas, nesse domínio, não há norma superior capaz de dar preeminência a este ou àquele valor.

Está claro que justiça e bem comum são ideais que jamais se podem objetivar totalmente através do direito positivo. Com relação a este, são de fato valores transcendentais.

O mesmo não acontece, porém, com a segurança, que é imanente ao direito por não exprimir-lhe mais que a própria validade. A segurança faz parte íntima do direito positivo, que a pressupõe. Um direito destituído de

¹ Glauco Barreira Magalhães Filho, ob. cit., pág. 50.

² Que, aliás, não é valor privativo dos sistemas derivados do direito romano. Benjamin Cardozo sustentava que o sistema da *common law* “de nossos dias depara com uma dupla necessidade: a primeira é a necessidade de uma nova compilação (*restatement*), que nos traga certeza e ordem, livrando-nos da confusão dos precedentes judiciais” (Evolução do direito, pág. 7).

validez deixa de ser, efetivamente, um direito positivo.”¹

É exatamente em torno da questão da segurança do ordenamento jurídico que irá se instaurar a polêmica entre Betti e Gadamer.

Betti desenvolve sua teoria hermenêutica salientando sua preocupação principal: fixar uma orientação que estivesse “em perfeita antítese com a visão dogmático-formal da ‘teoria pura do direito’ de Kelsen, que é caracterizada como a visão do estatismo e positivismo legislativo, representado na forma ‘*quod non est in lege ne in iure*’”². Betti, ao analisar o positivismo kelseniano³, sustenta que ele “tem como objetivo garantir a segurança jurídica e a certeza do direito como valores maiores. Para alcançar os referidos valores, a estratégia positivista foi a de reduzir todo o direito à lei posta pelo Estado”⁴.

Na outra ponta, Betti faz uma crítica à Escola do Direito Livre⁵ que, sob o pretexto de romper com o positivismo e buscar a solução mais justa para o problema concreto, poderia minar a segurança jurídica.

¹ Introdução axiológica ao direito, pág. 171.

² Emilio Betti, Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva, artigo publicado na obra Diritto, metodo, ermeneutica, pág. 523. No original: “Questo nostro orientamento sta in perfetta antitesi con la visuale dogmatico-formale della c.d. ‘teoria pura del diritto’, cioè con la teoria del Kelsen, che è caratterizzare come la visuale dello statalismo e positivismo legislativo, ri-specchiata nella formula ‘*quod non est in lege nec in iure*’”.

³ A crítica não deixa de ter fundamento, mas há que se compreender que “este rigorismo estava sendo reclamado como necessário à Ciência do Direito. Quando Kelsen iniciou sua atividade revolucionária, a Ciência do Direito estava num momento de profunda indecisão” (Miguel Reale, Direito natural/direito positivo, pág. 63).

⁴ Leonel Cesarino Pessoa, A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti – uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno, pág. 19.

⁵ Sobre a Escola do Direito Livre, lembra Luis Alberto Warat que “o movimento sociológico adquire na Alemanha traços específicos por intermédio do movimento denominado ‘direito livre’. Sem dúvida, este representa tendências mais extremas de oposição ao positivismo normativista e ao formalismo jurídico. Sua concepção jurídica afirma a existência

Como se vê, as duas correntes acima, na opinião de Betti, se encontram em pólos opostos no tocante aos valores defendidos: para o positivismo, há uma prevalência da segurança em detrimento da justiça; para a escola do direito livre, impõe-se a predominância da justiça, ainda que em prejuízo da segurança. A tarefa a que Betti se propõe é como conciliar as duas posições aparentemente antagônicas.

Ao afastar-se das duas correntes acima, Betti vai procurar inspiração em Philipp Heck. Para este autor, as teorias que se propunham a enfrentar a questão da interpretação jurídica poderiam ser divididas em dois grupos: “a interpretação histórica, segundo a qual ‘o juiz deve, segundo a antiga fórmula, procurar a vontade historicamente real do legislador’, e a interpretação objetiva, segundo a qual o juiz deve procurar ‘não os pensamentos subjetivos dos homens que legislaram’, mas sim ‘o sentido objetivo da lei’ ou, como vulgarmente se diz, não a ‘vontade do legislador’, mas a vontade da lei”¹.

Acerca deste problema – o lapso temporal entre a edição da lei e o momento da sua interpretação – Betti também vai sofrer a influência de um outro contemporâneo de expressão, Francesco Carnelutti. Ao defender a interpretação histórico-evolutiva, afirma Carnelutti em uma clássica passagem da sua obra que:

de um direito livre anterior, vivo e espontâneo, contraposto ao direito ditado pelo Estado. Proclama a insuficiência do direito legislado, partindo da suposição de que as exigências da vida jurídica não podem ser satisfeitas pela lei, necessitando-se outros elementos que supram tal deficiência.

Afirma a escola que os distintos intérpretes do fenômeno jurídico teriam a missão de eliminar os ingredientes ultrapassados das leis, provocando a maturação dos que florescem a partir da práxis social. A atividade do intérprete, seria, portanto, criadora e livre, constituindo a única garantia para fazer valer o direito individual. Em consequência, também a liberdade judicial torna-se um elemento indispensável para a produção de sentenças justas” (Mitos e teorias na interpretação da lei, pág. 82).

¹ Heck, *apud* Leonel Cesarino Pessoa, *ob.cit.*, pág. 26.

“Sucedee, porém, além do mais, que este instrumento vai perdendo, com o tempo, não a sua idoneidade produtiva, mas a sua capacidade reprodutiva do pensamento. Dir-se-ia que, como certos líquidos, quanto mais tempo a ideia estiver encerrada no seu recipiente mais exposta estará a sofrer alterações. Daí resulta que, à medida que o tempo vai passando, cada vez menos o pensamento do intérprete se ligará ao do declarante. Esta observação tem sido feita já em parte pelos juristas e é a seu propósito que falam de interpretação evolutiva das leis. É inútil discutir a possibilidade de tal fenômeno, demonstrado pela experiência de todos os dias, e o que deve dizer-se é até, não que a interpretação deve evoluir, mas antes que não pode deixar de evoluir. Na verdade, à medida que o intérprete se afasta do legislador no espaço e sobretudo no tempo, o material que conjuntamente com a fórmula constitui a forma da declaração e de cujo conhecimento depende essencialmente a fidelidade da interpretação, empobrece-se, de sorte que a forma vai-se pouco a pouco reduzindo apenas à fórmula. Esta transformação tem sido expressivamente representada como um afastamento da lei em relação ao legislador, o que, aliás, é bem menos metafórico do que poderá supor-se. Do que não pode haver dúvida é que o valor prático da lei tanto depende do pensamento do seu aturo como de quem terá que aplicá-la; e que aquele afastamento equivale a uma parte cada vez maior que nessa combinação caberá ao segundo. Tal transformação, a que, sem exatidão, mas expressivamente, se dá o nome de vida da lei, como tudo o que no mundo acontece, tem o seu lado mau e o seu lado bom; este está principalmente na correção dos

inconvenientes da duração das leis, as quais para poderem fornecer certeza têm de ser duradouras e não poderiam sê-lo se não evoluíssem”.¹

Como conciliar então estas posições? Para Betti, a interpretação deveria ter em vista uma *dupla tarefa*, a saber:

“Assim, a interpretação da lei vem a se encontrar diante de uma dupla tarefa: antes de tudo, a) pesquisar a valoração originária imanente à norma na sua concatenação com o ambiente social em que foi expedida e com o ordenamento do qual é parte integrante (e isto mediante uma interpretação que é chamada de sociológica, mas melhor se diria histórico-teleológica); além disso, b) pesquisar se a norma havia atingido um êxito social posterior, ainda que não intencional, consistente na composição de um conflito entre outra categoria de interesse diverso daquele previsto.”²

¹ Teoria Geral do Direito, pág. 460.

² Ob. cit., pág 527. No original: “Così l’interpretazione della legge viene a trovarsi dinanzi a un duplice compito: anzitutto, a) ricercare la valutazione originaria immanente alla norma nella sua concatenazione con l’intero ambiente sociale in cui emessa e con l’ordinamento di cui è parte integrante (e cioè, mediante un’interpretazione che si è chiamata sociologica, ma meglio si direbbe storico-teleologica); inoltre, b) ricercare se la norma abbia maturato un esito sociale ulteriore, acorché non intenzionale, consistente nel comporre il conflitto fra altre categorie d’interessi all’infuori di quelli previsti.

O método proposto por Betti também se cinge em dois momentos:

“Na linha da jurisprudência dos interesses de Heck, Emilio Betti concebe o primeiro momento da atividade do aplicador do direito como investigação (histórica) dos interesses protegidos pela norma jurídica e que estão na sua base. Essa preocupação com a identificação dos interesses que estão por trás da norma aproxima Emilio Betti do ideal dos positivistas e afasta-o da Escola do direito livre. Com efeito, o processo de identificação dos interesses que estão por trás da norma vincula o aplicador do direito a essa mesma norma e garante, assim, a segurança jurídica e certeza do direito postuladas pela teoria positivista, contra a Escola do direito livre para cujos teóricos, segundo Emilio Betti, o intérprete poderia abrir mão de sua vinculação à norma.

No entanto, essa aproximação ao ideal positivista é apenas parcial. Os positivistas haviam sido criticados por Emilio Betti por verem na norma uma vontade (ou interesses) que deveria valer para sempre na forma como foi inicialmente expressa. De acordo com essa teoria, na forma como foi interpretada por Emilio Betti, diante das situações posteriores, o intérprete não teria alternativa senão julgar em conformidade com a norma na sua concepção originária. Para afastar esse tipo de perigo – em busca do ideal de correção posto em xeque, segundo Emilio Betti, pela teoria positivista – sua teoria da interpretação prevê um segundo momento no qual o aplicado do direito deve adaptar

aquelas valorações iniciais à situação social do momento em que a norma deve ser aplicada.”¹

É neste movimento pendular, buscando conciliar os valores da segurança e da justiça, que Betti procurará desenvolver sua teoria da interpretação jurídica.

A visão pragmática de Betti fez com que ele estabelecesse cânones² a serem seguidos pelo intérprete, como bem lembra Jean Grondin:

“Para arrancar o processo de reconstrução interpretante da arbitrariedade, a hermenêutica de Betti se empenha pela fixação de princípios ou cânones da interpretação, que deve tornar verificável a sua objetividade. São propostos quatro cânones: (a) o cânone da autonomia hermenêutica ou da imanência do parâmetro hermenêutico (segundo o qual o sentido a ser interpretado deve ser o sentido originário e imanente do texto, e não a projeção do intérprete); (2) o cânone da totalidade e da conexão significativa intrínseca da contemplação hermenêutica, a qual determina que se tome o texto como um sentido em si afinado e coerente; (3) o cânone mais subjetivista da atualidade da compreensão, que pretende lembrar a aplicação de Gadamer, mas em Betti significa simplesmente que o intérprete é movido ‘a perseguir retroativamente, em sua interioridade, o processo criador,

¹ Leonel Cesarino Pessoa, ob. cit.,pág. 36.

² A ideia dos *cânones* sofreu críticas por parte da doutrina. Mesmo sem citar Betti, afirma Manuel A. Domingues de Andrade que “decerto não será fácil, nem muito possível, reduzir a máximas ou cânones precisos toda a doutrina da interpretação. E mesmo supondo formulados tais princípios com todo o rigor e plenitude, nunca eles poderiam atuar-se mecanicamente, sempre subsistindo na sua mobilização ou aplicação um coeficiente imponderável e inapreensível de intuição e destreza pessoal, que não pode ensinar-se e que só em parte se adquire com a prática” (Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis, pág. 10).

reconstruí-lo a partir de dentro, traduzir de volta para a própria atualidade vital um pensamento estranho, um pedaço do passado, uma vivência lembrada'; (4) finalmente, o cânone da correspondência hermenêutica de sentido, ou da congenialidade hermenêutica; segundo este 'deve o intérprete estar disposto a trazer a própria atualidade vivencial na mais íntima consonância e harmonia com a estimulação que ele (...) experimenta como oriunda do objeto, de tal modo, que uma e outra vibram juntas de forma uníssona, isto é, reciprocamente afinadas." ¹

Cabe agora situar a posição de Gadamer acerca da interpretação jurídica.

Gadamer parte da ideia de que a completude do ordenamento jurídico é uma ficção. De fato, afirma ele que:

"a ordenação da vida através das regras do direito e dos costumes é bastante deficitária, necessitando de uma complementação produtiva. Ela precisa do juízo para avaliar corretamente os casos concretos. Conhecemos essa função do juízo sobretudo a partir da jurisprudência, onde a contribuição da hermenêutica em complementar o direito consiste em promover a concreção do direito."²

Mas assim como a hermenêutica teológica, a hermenêutica jurídica não pode dissociar a compreensão da aplicação. Na hermenêutica teológica busca-se a compreensão das sagradas escrituras para a pregação religiosa, assim como a

¹ Introdução à hermenêutica filosófica, pág. 212.

² Verdade e método, vol. I, pág. 79.

hermenêutica jurídica deve servir de instrumento para a concreção da norma e solução de um litígio. Enfim, “uma lei não quer ser entendida historicamente”¹, mas dentro do contexto de solução de um caso concreto². Dada esta necessidade de concreção, a interpretação do texto legal implica – e esta é uma ideia básica no pensamento de Gadamer – em “compreendê-lo em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta.”³

Aqui começa a se desenvolver o ponto de atrito entre os dois autores: enquanto Betti sustenta a necessidade da busca dos interesses tutelados pela norma, a teoria de Gadamer procura se libertar deste processo reprodutivo. Para Betti, a concepção de Gadamer levaria a um relativismo inaceitável, algo próximo da escola do direito livre; enquanto isto, para Gadamer a posição de Betti estaria negando a força criadora do intérprete, “quando concebeu o ato de entender como o processo inverso ao ato de criar”.⁴ A respeito desta questão, afirma Nazaré do Socorro Conte Ferreira que:

“Na concepção gadameriana, as perspectivas que identificam o intérprete ao leitor originário ignoram a tensão que existe entre o sentido jurídico originário do

¹ Gadamer, ob.cit., vol. I, pág. 408. Para Gadamer, esta compreensão histórica poderia ser útil ao historiador do direito, jamais ao jurista. Talvez em razão da sua discordância em torno da valorização do sentido inicial da norma, Gadamer tenha se referido a Betti como “o historiador de direito Emilio Betti, na sua grande obra *teoria generale della interpretazione... omissis*.” (Gadamer, ob. cit., vol. I, pág. 455). Em outra obra, Gadamer se refere a Betti afirmando que “eu estimava e prezava nele um homem de todo admirável, um historiador do direito respeitado internacionalmente... *omissis*”. (Emilio Betti e a herança idealista, pág. 84).

² Em outras palavras, “a interpretação é um problema que *surge por ocasião da aplicação do Direito*, razão pela qual estão interligados de maneira incindível. Para aplicar o Direito a um caso concreto ou a uma situação imaginada, faz-se necessário interpretar” (David Schnaid, Filosofia do Direito e interpretação, pág. 269).

³ Gadamer, ob. cit., loc. cit. Ele faz uma bela analogia ao afirmar que “acontece o mesmo com as notas reprodutivas, nas quais se transcende a obra dada, sejam notas musicais ou um texto dramático, à medida que a interpretação cria e estabelece novas realidades” (ob. cit., vol. II, página 359).

⁴ Gadamer, Emilio Betti e a herança idealista, pág. 85. Defendendo o relativismo, afirma Gadamer, a respeito de Betti, que “ele sentia, como todos nós, todo o ímpeto da história e de nossa própria historicidade, procurando então escapar às consequências relativistas aí iminentes”. (Gadamer, ob. cit., pág. 84).

texto e o atual, condicionando a hermenêutica jurídica à observância do princípio subjetivo de descoberta da ideia e intenção originária do legislador. Entretanto, o intérprete deve estar consciente de que as circunstâncias estão em constante mutação e que por isso existe a necessidade, no momento de interpretação do texto legal, de renovar a função normativa da lei, atualizá-la face ao caso concreto.

Destarte, a interpretação para Gadamer não constitui uma tarefa reprodutiva do sentido que o autor procurou imprimir ao texto normativo, mas sim uma tarefa criativa; posicionando-se, assim, em prol da objetividade hermenêutica, que permite ver no texto um sentido próprio ou um sentido que se abre ao intérprete, independentemente da vontade quem lhe deu origem.

A criatividade do intérprete é perceptível na teoria gadameriana quanto expressa que 'o sentido de um texto supera o seu autor não ocasionalmente senão sempre'. Por conseguinte, a compreensão não se constitui em um comportamento só reprodutivo, mas que é por sua vez sempre produtivo." ¹

A luta de Betti "está centrada na vontade de opor firme resistência às mais recentes hermenêuticas existenciais 'subjetivas' e 'relativistas', conforme ele as farejava primeiramente nos trabalhos de Heidegger e Bultmann, para contra elas reabilitar a ideia de uma hermenêutica fortemente vinculada a padrões científicos e capaz de garantir a objetividade de interpretações científico-

¹ Da interpretação à hermenêutica jurídica – uma leitura de Gadamer e Dworkin, pág. 91.

espirituais”.¹ A questão central que envolveu o debate que se travou entre os autores no início da década de 60 foi bem captada por Antonio Junqueira de Azevedo, *litteris*:

“A célebre polêmica, repetimos, pôs em confronto duas concepções: a de Gadamer, antes filósofo que jurista, preocupado com as condições do entendimento, de tal forma que, mesmo admitindo a mediação que o intérprete faz, centraliza sua posição numa espécie de *inevitabilidade* da leitura com os olhos de hoje daquilo que foi escrito em tempos passados; e a de Betti, mais jurista que filósofo, alertando para os perigos de uma tal visão, que acabaria por levar o texto jurídico a se tornar somente um suporte para as mais variadas interpretações. Talvez, partido de pontos de vista diferentes: o primeiro, decidido a *descrever* o processo hermenêutico e o segundo, a *prescrever* como se deve interpretar. Como quer que seja, Betti, preocupado *avant la lettre* com uma visão alternativa do direito, que poderia transformar o texto legal num campo sem limites, fixou seus famosos *cânones hermenêuticos*; a própria expressão ‘cânones hermenêuticos’, que naturalmente provoca revolta nos defensores da livre interpretação, indica que não estamos aqui a propor um concepção inovadora ou revolucionária; no entanto, o terceiro cânone muito nos importa o caso examinado.”

2

¹ Jean Grondin, Introdução à hermenêutica filosófica, pág. 209.

² Antônio Junqueira de Azevedo, Estudos e Pareceres de Direito Privado, pág.361.

A corroborar tal entendimento, cabe citar o próprio Gadamer que, em missiva endereçada a Betti durante a polêmica entre ambos, reconheceu que “no fundo, não estou propondo *nenhum método*, mas descrevendo *o que é*.”¹

Em conclusão, parece-nos que o debate havido entre Betti e Gadamer estabeleceu o confronto, mais do que da concepção do papel da hermenêutica, de duas visões acerca de qual o valor primordial a ser defendido pelo sistema jurídico. Betti, focado apenas na questão jurídica, defendia a primazia da segurança; Gadamer, ao contrário, entendia que a segurança não pode sobrepujar a busca da justiça.

REFERÊNCIAS

Andrade, Christiano José de. **O problema dos métodos da interpretação jurídica**, Editora RT, 1992.

Andrade, Manuel A. Domingues de. **Ensaio sobre a teoria da interpretação das leis**. Armênio Amado Editor, Coimbra, 4ª edição, 1987.

Azevedo, Antonio Junqueira de. **Estudos e pareceres de direito privado**, Editora Saraiva, 2004.

Baptista, Paula. **Compêndio de Hermenêutica Jurídica**, Editora Saraiva, 1984.

¹ Gadamer, Verdade e método, vol. II, página 457.

Betti, Emilio. **Diritto, Metodo Ermeneutica**. Giuffrè Editore, Milano, 1991.

Blackburn, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Jorge Zahar Editor, 1997.

Cardozo, Benjamin Nathan. **Evolução do direito**, Editora Líder, 2004.

Carnelutti, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. Editora Lejus, 2ª impressão, 2000.

Ferrara, Francesco. **Interpretação e aplicação das Leis**, Armênio Amado Editor, Coimbra, 4ª edição, 1987.

Ferreira, Nazaré do Socorro Conte. **Da interpretação à hermenêutica jurídica – uma leitura de Gadamer e Dworkin**. Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.

França, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. Editora Sairava, 2ª edição, 1988.

Freitas, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. Editora Malheiros, 1995.

Gadamer, Hans-Georg. **Verdade e Método**. Editora Vozes, 2 vols., 5ª edição, 1997.

_____. Emilio Betti e a herança idealista. Artigo publicado nos **Cadernos de Filosofia Alemã** do Departamento de Filosofia da USP, vol. 1, 1996, páginas 83-90.

Grondin, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Editora Unisinos, 1999.

Ihering, Rudolf Von. **A evolução do Direito**, 2ª edição, Livraria Progresso Editora, 1956.

Lima, Mário Franzen. **Da interpretação jurídica**. Editora Forense, 2ª edição, 1955.

Macedo, Maury R. de. **A lei e o arbítrio à luz da hermenêutica**. Forense, 1981.

Magalhães, Maria da Conceição Ferreira. **A hermenêutica jurídica**. Forense, 1989.

Magalhães Filho, Glauco Barreira. **Hermenêutica jurídica clássica**. Mandamentos editora, 2ª edição, 2003.

Maximiliano, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. Editora Forense, 2003.

Milhomens, Jonatas. **Hermenêutica do direito processual civil**, Editora Forense, s/d.

Paupério, A. Machado. **Introdução axiológica ao direito**, Editora Forense, 1977.

Pereira, Aloysio Ferraz. **O Direito como ciência**. Editora RT, 1980.

Pessoa, Leonel Cesarino. **A teoria da interpretação jurídica de Emilio Betti – uma contribuição à história do pensamento jurídico moderno**, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

Ramalho, Barão de. **Cinco lições de hermenêutica jurídica**, Editora Saraiva, 1984.

Reale, Miguel. **Direito natural / direito positivo**, Editora Saraiva, 1984.

Schleiermacher, Friedrich D. E. **Hermenêutica, arte e técnica da interpretação**. Editora Universitária São Francisco, 4ª edição, 2003.

Seganfredo, Sonia Maria S. **Como interpretar a lei**. Editora Rio, 1981.

Sidou, J. M. Othon. **O direito legal: história, interpretação, retroatividade e elaboração das leis**. Editora Forense, 1985.

Silveira, Alípio. **Hermenêutica jurídica – seus princípios fundamentais no direito brasileiro**. Editora Brasiliense, 4 vols., 1985.

Testa, Edimarcio. **Hermenêutica filosófica e histórica**. UPF Editora, 2004.

Warat, Luis Alberto. **Mitos e teorias na interpretação da lei**. Editora Síntese, 1979.

Advogado (OAB/RJ 73003) e Procurador do Banco Central. Especialista em Direito Privado (UFF/RJ) e em Direito Empresarial (PUC/RJ), Mestre (UGF/RJ) e Doutor (UGF/RJ) em Direito e Economia. Avaliador do MEC/INEP para os cursos de Direito. Membro do IAB.

Criação do Crime de Perjúrio

PARECER

Ref. Indicação nº. 020/2008

Autor: Presidente do IAB, Dr. Paulo Eduardo de Araújo Saboya

Matéria: Criação do crime de perjúrio

Relator: Dr. Thiago Bottino

Ementa: Projeto de Lei nº 226/2006, da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios. Acréscimo de dispositivos ao Código Penal e à Lei nº 1.579/52. Criação do crime de perjúrio. Direito do réu de não colaborar com a acusação. Garantia de vedação de auto-incriminação reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como inatividade ou atividade. Inexistência de diferença se o indiciado ou réu se cala, nega a verdade ou mente. Inconstitucionalidade do crime de perjúrio.

Introdução

O Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, em despacho datado de 28 de outubro de 2008, designou a Comissão Permanente de Direito Penal para proferir parecer acerca do Projeto de Lei nº 226/2006, alertando para a relevância da matéria. No âmbito dessa Comissão, coube-me a tarefa de relatar a indicação e elaborar Parecer para análise e apreciação dos demais integrantes, o que faço nos termos seguintes.

O Projeto de Lei nº 226/2006, fruto da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito dos Correios, é subscrito por 22 (vinte e dois) Senadores da República e 15 (quinze) Deputados Federais que integraram aquela Comissão, além de outros 9 (nove) Parlamentares não membros. Trata-se de proposta de criação de uma nova modalidade criminosa no ordenamento jurídico brasileiro: o crime de *perjúrio*, consistente na conduta do indivíduo que, na condição de

indiciado ou acusado, fizer afirmação falsa ou negar a verdade diante da indagação de alguma autoridade pública.

O Projeto de Lei nº 226/2006 propugna a tipificação desse comportamento em dois diplomas legais. No Código Penal, o novo tipo penal seria criado com o *nomen juris* de perjúrio, incorporando-se ao art. 342 (falso testemunho) como seu parágrafo terceiro, punindo a conduta quando ela ocorresse em processo judicial ou administrativo (*sic*), ou em inquérito policial, civil ou administrativo.

Paralelamente, o Projeto de Lei nº 226/2006 acrescenta um inciso terceiro ao art. Lei nº 1.579/52 (dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito) criminalizando a mesma conduta quando ela lugar perante Comissão Parlamentar de Inquérito. Aqui, além dos indiciados e acusados, também seria sujeito ativo do crime o depoente. Veja-se o quadro abaixo:

Diploma	Código Penal	Lei nº 1.579/52
Redação atual	Falso testemunho ou falsa perícia Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o	Art. 4º. Constitui crime: I - Impedir, ou tentar impedir, mediante violência, ameaça ou assuadas, o regular funcionamento de Comissão Parlamentar de Inquérito, ou o livre exercício das atribuições de qualquer dos seus membros. Pena - A do art. 329 do

	crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.	Código Penal. II - fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito: Pena - A do art. 342 do Código Penal.
--	--	--

PL 226, de 2006	Perjúrio § 3º Incorre nas mesmas penas aquele que, na condição de indiciado ou acusado, fizer afirmação falsa ou negar a verdade em processo judicial ou administrativo, em inquérito policial, civil ou administrativo, ou em juízo arbitral.	III - fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como depoente, investigado ou acusado, perante Comissão Parlamentar de Inquérito.
-------------------------------	---	---

Justificativa do projeto

A necessidade da criação do crime de perjúrio decorreria da experiência vivida pelos parlamentares durante o funcionamento da CPMI dos Correios, como se vê da transcrição de parte da justificativa que acompanha o Projeto de Lei nº 226/2006:

“Quando da realização dos trabalhos da CPMI dos correios, inúmeros investigados e testemunhas convidados a deporem recorreram ao Supremo Tribunal Federal a fim de que lhes fosse assegurado o direito de depor sem que lhes fosse exigida a assinatura de termo para que prestassem compromisso de dizer a verdade sobre os fatos que lhes fossem perguntados. O direito, ao final, terminou por lhes ser assegurado pela mais alta Corte do País.”

Prossegue a justificativa afirmando que o Supremo Tribunal Federal teria construído um “regime especial” para os indiciados e acusados por meio de interpretação, não sendo esse o verdadeiro sentido da garantia inculpada no inciso LXIII, do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil (“o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado”).

Por meio da comparação com o art. 186 do Código de Processo Penal, mais especificamente do trecho em que está consignado que o acusado “será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”, os parlamentares sustentam que a interpretação construída pelo Supremo Tribunal Federal constitui uma dilatação indevida da garantia individual de

vedação de auto-incriminação, opondo-a à “transparência das instituições”, ao “respeito à ética” e “à verdade”.

Essa posição do Supremo Tribunal Federal impediria que “muitos fatos fossem esclarecidos com a profundidade necessária e a verdade fosse efetiva e totalmente alcançada” e estaria em desacordo com o anseio popular, já que “A sociedade clama pela apuração das denúncias realizadas e constantemente noticiadas” (os trechos entre aspas foram retirados da justificativa que acompanha o Projeto de Lei nº 226/2006).

Os parlamentares reconhecem que a garantia de vedação de auto-incriminação está assegurada pela Constituição da República, pela Convenção Americana de Direitos Humanos, pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pela Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e, ainda, pela Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais. No entanto, a garantia de não se auto-incriminar abrangeria apenas o direito ao silêncio, não se constituindo em “direito de mentir”, tal como se afere da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

Por fim, os Parlamentares afirmam que a “manutenção do direito de mentir, da forma como é assegurado pelas reiteradas decisões preferidas pelo Supremo Tribunal Federal, constitui duro golpe contra o interesse público e avilta o direito dos cidadãos e da sociedade de acesso à verdade real”.

Função do Direito Processual Penal no Estado democrático de direito

A apresentação dos argumentos que sustentam a proposição legislativa cabe, em primeiro lugar, traçar um breve panorama sobre o funcionamento do

Direito Processual Penal como ramo do direito público no contexto político do Estado democrático de direito.

Com efeito, há duas formas de se encarar as regras que orientam a produção da prova e o julgamento de pessoas acusadas de crimes: a primeira delas apresenta o Direito Processual Penal como o conjunto de normas estruturado para assegurar que todos os culpados sejam identificados, processados e punidos; a outra entende que as regras que compõem o Direito Processual Penal objetivam impedir que algum inocente seja indevidamente punido, processado ou tratado de forma incompatível com sua dignidade.

É fácil perceber que o primeiro modelo está orientado por um suposto “interesse público” na punição, pretende alcançar a “verdade real” (vista como um direito dos cidadãos) e “considera repudiável” o comportamento de quem não colabora com tais objetivos, ainda que esse alguém seja o próprio indivíduo sobre o qual seja imposto o poder punitivo do Estado.

O modelo oposto a esse não dissocia o “interesse público na eficácia da persecução penal” do “interesse público na proteção do indivíduo contra o uso de poderes abusivos pelos órgãos do Estado encarregados de realizar a persecução penal”, mas os conjuga de modo que o Estado tenha a sua disposição todos os meios de prova possíveis para realizar seu dever de persecução penal, com algumas pequenas limitações. A essas limitações, dá-se o nome de vedação de provas em matéria penal, as quais invariavelmente estão ligadas a um conjunto de garantias individuais mínimas.

Portanto, esse modelo aceita que se imponham limites à busca da verdade real no curso de uma investigação, inquérito ou processo penal, limites esses que têm por objetivo não diminuir a eficácia do sistema, mas garantir que a persecução penal não seja um bem mais valioso do que a dignidade humana.

Por essa razão, determinados meios de prova são considerados inadmissíveis, destacando-se a prova obtida por meios violentos (torturas e ameaças), ilícitos (como as medidas cautelares não autorizadas por decisão judicial fundamentada) ou que afetem a dignidade humana (vedação de auto-incriminação).

Em outras palavras, esse último modelo considera que o indivíduo que é objeto de uma investigação ou processo conduzido pelo Estado deve ter resguardada sua autonomia moral, sendo desobrigado de colaborar com os órgãos públicos que desejam retirar-lhe (ainda que com base no direito) seu bem mais precioso: a liberdade.

O primeiro modelo, que busca a verdade acima de tudo e está orientado pela maximização da punição criminal, é classificado como autoritário, ao passo que o segundo modelo, que assegura a proteção de um círculo mínimo de garantias individuais, é denominado democrático. Essa classificação decorre do reconhecimento de que há conteúdos substanciais indissociáveis da forma de organização democrática de um Estado, inclusive sob a forma de regras processuais penais. Essas regras determinam a adequação do sistema processual penal ao Estado democrático de direito.

Coincidentemente, é justamente a participação do acusado na produção da prova durante o inquérito ou processo judicial que marca mais claramente as diferenças entre os sistemas autoritários e democráticos¹.

¹ "La versión del acusado relativa a la infracción que se le atribuye es, indudablemente, pieza fundamental de todo procedimiento penal. (...) Sin embargo, diferentes son las formas en que los sistemas implementan el ejercicio de este acto, y ello responde a que distinta es la concepción que cada sistema de procedimiento criminal tiene acerca del acusado" (QUINTANA, Tomás Ojea: **El privilegio contra la auto incriminación: reflexiones acerca de dos sistemas distintos de procedimiento criminal (adversarial y no adversarial)**. Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal nº 9. Buenos Aires: Ad Hoc, 2004, p. 251).

O reconhecimento dessa íntima relação entre a natureza jurídica do interrogatório e o tipo de sistema processual penal é declarada por vários autores, sendo conveniente mencionar apenas os festejados professores Claus Roxin e Manuel da Costa Andrade:

“Pertenece a los principios internacionalmente reconocidos de un procedimiento penal propio del Estado de derecho que el imputado no tiene que incriminarse a sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*) y que tampoco su esfera individual debe quedar desprotegida, a merced de la intervención del Estado”¹.

“O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ganha, assim, o significado de uma decisiva pedra de toque, imprimindo carácter e extremando entre si os modelos concretos de estrutura processual. Bem podendo, por isso, figurar como critério seguro de demarcação e de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório. Não devendo, pois, estranhar-se que as grandes linhas de clivagem e de afrontamento que marcaram a evolução histórica das instituições processuais penais se tenham invariavelmente repercutido neste tópico.

Resumidamente, se a consagração mais ou menos explícita do princípio configura uma das marcas irrenunciáveis do processo penal de estrutura acusatória,

¹ ROXIN, Claus: **Libertad de auto incriminación y protección de la persona del imputado**. In BAIGUN, David et. al: **Estudios sobre Justicia Penal en homenaje al Profesor Julio B. J. Maier**. Buenos Aires: Del Porto: 2005, p. 422.

já a sua denegação anda incindivelmente associada às concretizações históricas do processo inquisitório. Tanto do processo pré-moderno como das manifestações atávicas e mais recentes de inquisitório, de que oferecem exemplos expressivos quer a legislação processual penal de obediência nacional-socialista quer o direito processual penal dos estados socialistas”¹.

Veja-se, portanto, que será a natureza jurídica do interrogatório em um determinado sistema processual – se meio de prova ou meio de defesa – que indicará tratar-se de um sistema autoritário ou democrático.

É interessante notar, como fez Jorge Alberto Romeiro, que enquanto Roma constituiu-se como República, vigorava o princípio *nemo tenetur se detegere*, significando que não se exigia a auto-incriminação do acusado. Naquela época, a tortura era admitida apenas como pena e jamais como meio de investigação. Contudo, com a mudança no regime e transformação da República em Império

¹ Prossegue o autor: “Por seu turno, também o processo penal nacional-socialista e socialista sacrificam, cada um a seu modo, a prevalecentes valores transpersonalistas, que colidem abertamente com o princípio *nemo tenetur*. Isto sobretudo depois de a idéia de autonomia pessoal de inspiração kantiana ter emprestado a este princípio uma conotação acentuadamente individualista e, por isso, uma tensão centrífuga e improgrável. Como PUPPE refere, ‘é uma das características das modernas ditaduras da atitude moral (*Gesinnungsdiktaturen*) partir do primado de um sublimado ideal de pertinência ao partido ou à comunidade, para sacrificar, humilhar e punir arbitrariamente o cidadão porque não logra satisfazer tão elevadas exigências’. Na mesma linha, e reportando-se concretamente à experiência nacional-socialista acentua RÜPING: ‘o valor central da comunidade transcende os interesses conflitantes no processo e obriga os participantes a colaborar no fim comum do processo, a descoberta da verdade. Os direitos dos participantes esgotam-se na sua funcionalidade para este fim, devendo conseqüentemente converter-se em deveres: quer deveres de declaração, quer, opinião também sustentada, deveres de realização de tarefas conformes à verdade’. Um modelo semelhante de processo, prossegue o autor, é oferecido ‘pelo direito vigente na DDR: o fim do processo, que se sobrepõe ao antagonismo das partes, reside na promoção da legalidade socialista. Uma colaboração dos participantes tem o sentido de um contributo para a descoberta da verdade. Da vinculação à sociedade socialista emerge o dever de um comportamento adequado’.” (ANDRADE, Manuel da Costa: **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra editora, 1992, p. 122).

Romano, a tortura passou a ser largamente empregada no processo de descoberta de infrações penais¹.

Com o declínio do Império Romano e o domínio dos “bárbaros”, o interrogatório ainda manteve sua natureza como meio de prova, geralmente a forma das ordálias. A visão do interrogatório como meio privilegiado para a busca da verdade manteve-se forte durante toda a Idade Média – também chamada idade das trevas – atingindo seu ápice com os processos canônicos conduzidos durante a inquisição, quando a confissão era chamada de “rainha das provas”².

A mudança iniciou-se no século XVIII, no bojo do movimento iluminista de reação ao obscurantismo³. A grande obra de Cesare Beccaria, publicada na Itália em 1794, preconizava:

“Contradição entre as leis e o sentimento natural do homem nasce dos juramentos que se exigem do réu,

¹ Romeiro ressalva, porém, que essa utilização dependia da vontade do imperador; assim, enquanto Tibério, Domiciano e Nero a admitiram, Cláudio jurara não levar à tortura homens livres. (ROMEIRO, Jorge Alberto: **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado**. Rio de Janeiro: Alba, 1942, p. 51).

² “Esta forma processual, substituindo a prova real à legal, não visava a outra coisa, senão à confissão do acusado. Pesando inevitavelmente esta razão, ainda conceituado como meio de prova, o interrogatório do acusado assiste ao alvorecer da idade moderna, com seu tenebroso séquito de torturas, ocupando lugar de destaque nos diplomas legais das justiças monárquicas européias”. ROMEIRO, Jorge Alberto: **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado**. Rio de Janeiro: Alba, 1942, p. 60.

³ “Nos processos inquisitivos da Idade Média ou, ainda hoje, em Estados totalitários, a compreensão [cênica dos participantes no processo] se dá basicamente sem a participação do acusado. O inquirido é visto pelo inquiridor como objeto de investigação e não como participante de um processo de comunicação recíproca. A elucidação da verdade é assumida como um objetivo absoluto que exclui a participação do acusado na compreensão cênica. A possibilidade de participação do acusado no procedimento é uma demanda com raízes nas idéias liberais e democráticas da filosofia política e jurídica do Iluminismo Trata-se de uma extensão ao imputado do status de cidadão: daquele que deixa a sua condição passiva de súdito para converter-se em um cidadão ativo com possibilidades de controle sobre as decisões estatais de seu interesse” (NETO, Theodomiro Dias: **O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19. São Paulo: RT, 1997, p. 183).

para que seja verdadeiro, quando tem o máximo interesse em seu falso. Como se o homem pudesse jurar sinceramente quando contribui para a própria destruição. (...) Quanto são inúteis os juramentos, a experiência já o demonstrou, e qualquer juiz poderá ser testemunha que juramento algum jamais fez o réu dizer a verdade”¹.

Com a grande repercussão do livro de Beccaria, muitas nações aboliram de suas práticas judiciárias a tortura como meio de obtenção da verdade pela boca do acusado. Narra Romeiro que o Código de Processo Criminal do Império do Brasil, datado de 1832, foi influenciado pelo espírito liberal das reformas iluministas que tiveram lugar na Europa durante o século XVIII e, por essa razão, conceituava o interrogatório como meio de defesa².

A primeira legislação republicana sobre o tema, o Decreto nº 848, de 1890, que instituiu regras gerais sobre processo penal – já que cabia aos estados federados a edição de leis sobre a matéria – também incorporava o princípio da inviolabilidade da palavra do réu: o interrogatório era meio de defesa.

“No empenho de rodear das mais sólidas garantias a liberdade individual e de assegurar a imparcialidade do julgamento, entre as providências mais salutareis ficou estabelecido um limite para o interrogatório dos acusados. Com efeito, nada pode ser mais prejudicial à causa da justiça do que este duelo pungente de

¹ BECCARIA, Cesare: **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Jr. São Paulo: RT, 1996.

² Como também o fizeram o Código de Processo Criminal alemão, de 1877; o Código de Processo Penal da Hungria, de 1896; a Lei de 8 de dezembro de 1897, na França; e o Código de Processo Penal italiano de 1913. (ROMEIRO, Jorge Alberto: **Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado**. Rio de Janeiro: Alba, 1942, p. 49)

argúcias e sutilezas, de subterfúgios e ciladas, que comumente se vê travado, em pleno tribunal, entre o juiz e o acusado, e em que, não raro, aquele que deveria ser o órgão circunspeto e severo da austera majestade da lei tem, no entanto, como o mais apetecido triunfo, a confissão do acusado, extorquida à força de uma sagacidade criminosa”¹.

É certo que a legislação sofreu radical transformação com a edição do Código de Processo Penal de 1941 durante a ditadura do Estado Novo, sendo objetivo declarado do legislador transformar o interrogatório em meio de prova².

O advento de uma nova ordem constitucional, no bojo da qual os direitos individuais foram alçados à condição de legitimidade do sistema político, levou os juristas a proclamar o retorno do paradigma anterior (como fez Celso Ribeiro Bastos³), e a rever suas posições (caso de Fernando da Costa Tourinho Filho⁴). Outros, viram reconhecida na Constituição sua posição doutrinária,

¹ Texto do Ministro Campos Sales na Exposição de Motivos do Decreto nº 848, de 11/10/1890, *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa: **Processo Penal – Volume 2**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 265/266.

² “O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. Atribui ao juiz a faculdade de iniciativa de provas, complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer a final, antes de proferir a sentença. (...) Outra inovação em matéria de prova diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não se comprometer, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova”. Texto do Ministro Francisco Campos na Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 3.689/1941.

³ “o inc. LXIII significa um retorno à tradição de máximo respeito à inviolabilidade do direito de defesa do ordenamento processual penal brasileiro (cf. Código Processual do Distrito Federal, art. 296), descaracterizado pelo cunho autoritário que foi impresso ao Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal)” BASTOS, Celso Ribeiro: **Comentários à Constituição do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988 – Volume 2**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 296.

⁴ “Sempre pensamos, em face da sua posição topográfica, fosse o interrogatório, também, meio de prova. E como tal era e é considerado. Meditando sobre o assunto – principalmente agora que a Constituição, no art. 5º, inc. LXIII,

agora transformada em cláusula pétrea (casos de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes¹ e Adauto Suannes²). Posteriormente, a edição da Lei nº 10.792/2003 adaptou a legislação infra-constitucional, revogando dispositivo que previa que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa.

Nada obstante, o modelo autoritário, segundo o qual o interrogatório constitui um meio de prova, ou seja, uma das formas pelas quais os investigadores alcançarão a verdade dos fatos, encontra defensores até hoje, cujos argumentos a favor da brutalização da autonomia individual em nome do “combate ao crime” vêm travestidos sob a roupagem do ideal de segurança como valor fundamental, e os direitos e garantias fundamentais como causas impeditivas ao funcionamento eficiente do sistema.

“No contexto da emergência, onde a busca da verdade material aparece como uma meta esgotada em si mesma, dando margem a toda sorte de subjetivismo judicial (o que significa a abertura da possibilidade do arbítrio estatal, desprezada a figura humana do juiz), dificultada fica a compreensão da lição de Hassemer, quando adverte que apenas um processo penal aplicado com estrito respeito às suas normas e com garantias enraizadas profundamente na consciência dos cidadãos

reconheceu o direito ao silêncio – chegamos a conclusão de ser ele, apenas, um meio de defesa”. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa: **Processo Penal – Volume 2**. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 264).

¹ “É certo que, por intermédio do interrogatório – *rectius*, das declarações espontâneas do acusado submetido a interrogatório – o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade. Mas não é para esta finalidade que o interrogatório está pré-ordenado. Pode constituir fonte de prova, mas não meio de prova: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; Fernandes, Antonio Scarance: **As nulidades no Processo Penal**. São Paulo: RT, 2007, p. 79)

² SUANNES, Adauto Alonso: **Código penal versus Constituição**. Justiça e Cidadania nº 2. São Paulo: Associação Juízes para a democracia, 1997, pp. 235/240.

pode impedir que a apuração do caso penal signifique também vulneração da lei”¹.

Ora, o direito de defesa, a liberdade e a dignidade do indivíduo são ameaçadas quando o indivíduo é transformado em meio de prova contra si próprio ou em mero objeto da atividade estatal persecutória. A proteção completa da liberdade individual de cada cidadão só é assegurada quando se reconhece ao indivíduo um direito completo ao silêncio no processo penal, quando é assegurada uma área intocável de liberdade humana.

Do direito ao silêncio à vedação de auto-incriminação

Tais considerações históricas e teóricas ajudam a compreender que os constituintes de 1987/1988 fizeram escolhas que não podem ser modificadas sem pagar o alto preço de redigir uma nova Constituição, sendo uma das mais importantes a atribuição ao indivíduo de uma esfera mínima de liberdades fundamentais que não podem ser violadas pelos agentes públicos, colocando-as, inclusive a salvo de nova deliberação pelo poder constituinte derivado. Isso torna tais garantias insuscetíveis de alterações, mesmo aquelas motivadas pelo clamor social pela apuração das denúncias (como consta na justificativa do Projeto de Lei nº 226/2006).

Por constituírem o próprio fundamento de legitimidade do estado democrático de direito, as normas que veiculam garantias fundamentais sofrem modificações a fim de que delas se possa extrair a maior proteção possível do indivíduo contra a expansão do poder punitivo do Estado – ao contrário de normas que punem condutas e que, por isso, são taxativas e insuscetíveis de aplicação analógica ou extensiva.

¹ CHOUKR, Fauzi Hassan: **Processo penal de emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 62.

A tarefa de dar conteúdo material às normas que veiculam garantias constitucionais é função precípua do Supremo Tribunal Federal no exercício da jurisdição constitucional e exige, às vezes, certa dose de atividade criadora do Supremo Tribunal Federal, atitude que já foi reconhecida pelos Ministros, como quando afirmam ser seu dever delimitar “*o círculo de atuação das instituições estatais*” (Habeas Corpus nº 73.035-3/DF, Pleno), ou “*definir a exata conformação do âmbito de proteção dos direitos individuais*” tarefa que incumbe “*Evidentemente, não só o legislador, mas também os demais órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos [que] cumprem uma importante tarefa na realização dos direitos fundamentais*” (Habeas Corpus nº 91.514-1/BA, Segunda Turma, julgado em 10/03/2008).

No caso específico da garantia de vedação de auto-incriminação, o Supremo Tribunal Federal definiu sua natureza jurídica como direito público subjetivo do indivíduo (Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno, julgado em 28/06/1991), sendo uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do devido processo legal (Habeas Corpus nº 69.026-2/DF, Primeira Turma, julgado em 10/12/1991) e constituindo garantia “*de expressiva importância político-jurídica, que impõe limites bem definidos ao campo de desenvolvimento da atividade persecutória do Estado*” (Habeas Corpus nº 68.929-9/SP, Primeira Turma, julgado em 22/10/1991).

Embora o art. 5º, inc. LXIII, da Constituição mencione o “preso” como destinatário daquela garantia, o Supremo Tribunal Federal definiu que o direito de não se auto-incriminar deve ser assegurado “*generalidade das pessoas*” (Habeas Corpus nº 73.035-3/DF, Pleno, julgado em 08/09/1998), mesmo que se trate de testemunha compromissada, diante de “*qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos*” (Habeas Corpus nº 79.589-7/DF, Pleno, julgado em 05/04/2000).

Ao estabelecer um conteúdo para o direito ao silêncio, o Supremo Tribunal Federal efetivamente alargou o alcance da garantia ao determinar que ela não compreende apenas a postura inerte daquele que se recusa a responder as perguntas que lhe são formuladas (exercício do direito na modalidade permanecer calado), expressamente consagrada no texto do dispositivo constitucional. Para a mais alta Corte do país, a garantia assegura ao indivíduo outras formas de inatividade, como a não-participação em diligência de reconstituição simulada da cena do crime (Habeas Corpus nº 69.026-2/DF, Primeira Turma, julgado em 10/12/1991) e a recusa a colaborar com a investigação fornecendo material gráfico (Habeas Corpus nº 77.135-8/SP, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998), ou padrões vocais (Habeas Corpus nº 83.096-0/RJ, Segunda Turma, julgado em 14/06/2005) para exame pericial.

Na concepção construída pelo Supremo Tribunal Federal, a garantia de não se auto-incriminar constitui, também, a possibilidade de negar falsamente a acusação (Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno, julgado em 26/06/1991; nº 72.815-4/MS, Primeira Turma, julgado em 05/09/1995; e, nº 79.781-4/SP, Primeira Turma, julgado em 18/04/2000), ou ainda imputar falsamente a autoria a outrem, cuja punibilidade esteja extinta (Habeas Corpus nº 80.616-3/SP, Segunda Turma, julgado em 18/09/2001), bem como renegar como falsa a assinatura verdadeira aposta em documento (Habeas Corpus nº 75.257-8/RJ, Primeira Turma, julgado em 17/06/1997) ou mesmo utilizar malícia ao fornecer material gráfico visando a prejudicar as conclusões do exame pericial (Habeas Corpus nº 83.960-6/RS, Segunda Turma, julgado em 18/09/2001).

Assim, não é lícito ao Estado considerar o exercício do direito de não se auto-incriminar negativamente para efeitos de aumento de pena (Habeas Corpus nº 68.742-3/DF, Pleno e nº 72.815-4/MS, Primeira Turma), ou para justificar

qualquer tratamento gravoso no que tange ao regime de execução da pena, ao argumento de que constitui fato desabonador da personalidade do agente (Habeas Corpus nº 80.616-3/SP, Segunda Turma). O exercício de tal direito também não constitui crime de desobediência quando se recusa o cumprimento de ordem de autoridade tendente a praticar ato que possa inviabilizar seu exercício (Habeas Corpus nº 75.257-8/RJ, Primeira Turma).

Por fim, o silêncio do acusado ou sua recusa em colaborar não podem constituir motivos ensejadores da manutenção da prisão preventiva, ao argumento de conveniência da instrução criminal (Habeas Corpus nº 79.781-4/SP, 1ª Turma, 18/04/2000 e Habeas Corpus nº 89.503-4/RS, 2ª Turma, 03/04/2007).

Sintetizando, o Supremo Tribunal Federal asseverou que não há diferença ontológica entre calar, negar a verdade e mentir, sendo todas essas condutas manifestações legítimas do direito de não se auto-incriminar. Como, aliás, também não se as distingue para efeito de criminalização da testemunha que, tendo compromisso de dizer a verdade, cala, nega a verdade ou mente (art. 342, do Código Penal).

Conclusão

Garantia do direito ao silêncio desempenha esse papel de adequação do sistema punitivo ao Estado democrático de direito em virtude dos fundamentos que justificam. Afinal, a elevação da vedação de auto-incriminação em garantia fundamental reflete a opção de não submeter os indivíduos que se vejam alvo de uma persecução de natureza criminal ao dilema de “mentir ou incriminar-se”, afastando também as punições para os casos em que a pessoa simplesmente se recusasse a assumir uma ou outra postura.

A construção da verdade, segundo esse modelo de organização do sistema punitivo, constitui tarefa da maior importância. A obediência às regras da produção da verdade processual constitui um valor tão importante como são a justiça, a igualdade e a dignidade humana.

O alto grau de proteção conferido a esses valores ou, mais precisamente, às garantias individuais, revela reconhecimento de que o Estado possui um poder incontrastável, que o exercício desse poder pode ocorrer de modo impróprio. Por essa razão, sobressai a necessidade de proteção de regras que efetivamente restrinjam o poder persecutório e punitivo do Estado.

A opção pela garantia de vedação de auto-incriminação também se justifica pelo receio de que se as declarações do acusado forem tratadas como prova, os depoimentos auto-incriminatórios passarão a ser buscados a todo custo, inclusive por meio de abusos e violências. Ademais, um sistema informado pelo direito ao silêncio impõe uma relação entre Estado e indivíduo segundo a qual a dignidade deste não pode ser sacrificada em prol dos objetivos daquele; um sistema em que a inviolabilidade da personalidade está representada por um espaço de autonomia que não pode ser invadido pelo Estado; um sistema em o indivíduo possa comprometer-se exclusivamente com sua defesa.

A eleição da garantia de vedação de auto-incriminação como norma estruturante de um sistema punitivo democrático representa o reconhecimento de que o direito ao silêncio pode até mesmo servir de escudo protetor para um culpado, mas que se presta muito mais comumente como mecanismo protetor do inocente.

Nesse contexto, o clamor social pela apuração das denúncias de crimes embora constitua demanda social legítima não deve servir de pira para o sacrifício de garantias fundamentais. O interesse público na eficiência da

persecução penal deve ser ponderado com o interesse público de que essa persecução respeite regras que limitam o acesso à verdade real, daí tendo extraído o constituinte originário e o Supremo Tribunal Federal os atuais balizamentos da vedação de auto-incriminação.

Isto posto, s.m.j., pelas razões expostas, este parecer é no sentido de sugerir ao Plenário do IAB que se posicione contrariamente ao Projeto de Lei nº 226/2006, por ser incompatível com o artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República Federativa do Brasil, cláusula pétrea que assegura a todos os indivíduos o direito de não se auto-incriminarem diante de perguntas formuladas por autoridades públicas.

Rio de Janeiro, 16 de julho de 2010.

Thiago Bottino, Membro da Comissão Permanente de Direito Penal, Advogado, Professor da FGV.

O JUIZ DAS GARANTIAS NO PROJETO DE CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Fernando Fragoso¹

O projeto de Código de Processo Penal aprovado no Senado da República e em tramitação na Câmara dos Deputados apresenta uma importante novidade: a atuação de um juiz cuja atribuição será a de decidir todas as matérias que se apresentem no curso da investigação penal.

Este juiz não irá atuar no curso da ação penal, que será necessariamente desenvolvida sob o comando de outro magistrado, a quem estará afeta a presidência dos trabalhos instrutórios em Juízo, incumbido, ao final, de proferir sentença.

Naturalmente, o novo instituto pressupõe uma estrutura administrativa do Poder Judiciário que deverá dotar cada Comarca com, ao menos, dois juízes para a matéria penal, um dos quais somente atuará na fase da investigação preliminar: o juiz das garantias do indiciado, sendo o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais, na dicção da exposição de motivos da Comissão Redatora do Anteprojeto, em obediência ao princípio do processo penal acusatório.

¹ Professor Titular de Direito Penal UCAM/RJ. Advogado Criminal. Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros. Palestra realizada na XXI Conferencia Nacional da OAB (Curitiba, 2011).

A experiência demonstra que é comum o envolvimento do juiz que participa do andamento da investigação penal, deferindo prisão temporária ou preventiva, escutas telefônicas, busca e apreensão de bens avaliando a necessidade de prorrogações destas limitações a direitos constitucionais. É freqüente verificarmos que o juiz que participa ativamente das investigações avaliando medidas cautelares termina por contaminar-se da própria atuação, perdendo, frequentemente, a isenção e a indispensável eqüidistância entre acusação e defesa, posto que exercita juízo de valor sobre o fato de delituoso e o investigado em cada momento em que seja chamado a proferir decisões.

Por conseguinte, é de salutar inspiração afastar-se do julgamento do caso o juiz que tenha exercido certas atividades no curso da investigação penal, estabelecendo-se necessariamente um juiz para a fase preliminar com atuação no curso da investigação penal (das garantias) e outro que presidirá a ação penal e sentenciará o réu (do processo). Todavia, deve-se sublinhar que o projetado Juiz das Garantias não é um juiz destinado a presidir uma investigação penal (juizado de instrução). Ele não irá comandar o inquérito policial, não tomará depoimentos e não produzirá prova.

A criação do juízo das garantias reforça o princípio da imparcialidade do juiz, de vez que o primeiro magistrado a ter contato com o caso investigado não será aquele que vai conduzir as atividades no decorrer fase judicial da ação penal. O Juiz das Garantias terá competência para atuar até o momento da propositura da ação penal. Todos os atos a serem praticados no curso da investigação preliminar que dependam da atuação judicial estarão a ele submetidos.

Em alguns Estados da federação (mesmo contrariamente à regra do vigente Código de Processo Penal), os inquéritos policiais não passam mais pelo crivo do juiz competente quando a autoridade policial necessita de maior prazo para

encerrar a investigação que desenvolve (art. 10, §3º., CPP). O controle da atividade policial passou a ser atribuição das promotorias de justiça, que fazem diretamente ao Delegado de Polícia as determinações de colheita de prova e fixam prazo para sua conclusão. Os juizes não se importaram com a supressão de controle do inquérito policial.

Atuação do Ministério Público avançou para a própria realização direta da investigação penal, ao argumento de que a estrutura policial não investiga seus próprios crimes e não seria impermeável a interesses de investigados poderosos. A óbvia inconstitucionalidade da investigação direta pelo MP não foi imediatamente afirmada pelo Supremo Tribunal (até hoje o plenário não a apreciou, ainda que conste da pauta há anos). Com isto, os Ministérios Públicos continuaram a fazer investigação penal, resultando em várias situações de fato que se anulada pelos tribunais iriam ter forte impacto no meio social. Daí que foram criados organismos de investigação penal no âmbito do MP, com apoio de policiais militares, escolhidos pelo órgão.

Não raro, hoje em dia, juizes se valem deste corpo de policiais vinculados ao MP para cumprirem suas deliberações, o que constitui verdadeira usurpação da função policial-judiciária ou da função do Oficial de Justiça do juízo. Ou seja, uma clara subversão das normas processuais e de competências constitucionais.

De toda sorte, a Comissão para o Anteprojeto de CPP inspirou-se nos Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária (Dipo) de São Paulo para formular a instituição do Juiz das Garantias. Juizes em São Paulo integram um departamento na estrutura do Poder Judiciário local para o fim de cuidar de todos os incidentes que possam surgir no curso do Inquérito Policial.

Atribuições do Juiz das Garantias:

O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário (art. 15 do Anteprojeto e 14 do Projeto aprovado no Senado).

Compete ao Juiz das Garantias:

I – receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República;

II – receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543; (relaxar a prisão ilegal; converter a prisão em flagrante em preventiva; ou arbitrar fiança ou aplicar outras medidas cautelares; ou conceder liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogação).

III – zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença;

IV – ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; (no Senado: “investigação criminal”).

V – decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar;

VI – prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las;

VII – decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa;

VIII – prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo;

IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;

X – requisitar documentos, laudos e informações ao Delegado de Polícia sobre o andamento da investigação;

XI – decidir sobre os pedidos de:

a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática;

b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico;

c) busca e apreensão domiciliar;

d) acesso a informações sigilosas

e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado

XII – julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia;

XIII - determinar a realização de exame de sanidade mental.

XIV – arquivar o Inquérito Policial.

XV - assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito previsto nos arts. 11 e 37 (acesso do investigado ao apuratório, estando na Polícia ou no Min. Público).

XVI – deferir admissão de assistente técnico para acompanhar perícia.

XVII – outras matérias inerentes às atribuições previstas no caput

Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada. (No anteprojeto prazo era de 10 dias)

A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo e cessa com a propositura da ação penal. §1º - Proposta a ação penal, as questões pendentes serão decididas pelo juiz do processo. §2º - As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o

juiz do processo, que, após o oferecimento da denúncia, poderá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso. §3º - Os autos que compõem as matérias submetidas à apreciação do juiz das garantias serão juntados aos autos do processo.

Na Ação Penal Originária: nas investigações em que a ação penal deva ser promovida nos tribunais, por privilégio de foro, as funções do juiz das garantias serão exercidas por membro do tribunal, escolhido na forma regimental, que ficará impedido de atuar no processo como relator. (Art. 302 do Anteprojeto e 314 do Projeto aprovado).

É de mister juiz imparcial para julgar o acusado

É fato que o Código de Processo Penal vigente permite, com amparo jurisprudencial, que o magistrado atue tanto na fase inquisitorial quanto na fase processual da persecução penal. É perceptível a manutenção deste cenário se apresenta inadequada, notadamente por macular o convencimento do juiz incumbido do julgamento da correspondente ação penal. Um ser humano que já tenha deliberado medidas em face do acusado, necessariamente examinando e valorando elementos de informação que lhe chegam à apreciação, ainda que no seu íntimo, estabelece – inegavelmente – convicções sobre o acusado, que são motivadores das decisões que adota, resultando na fratura da imparcialidade.

A alteração legislativa é digna de aplauso, na medida em que promove a compatibilização entre as garantias dos acusados e a determinação judicial atinente às medidas investigatórias com isenção e imparcialidade no que respeita ao julgamento da correspondente ação penal, purificando o processo de julgamento.

O Projeto elaborado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros: O PLC 7987/10 do Deputado Miro Teixeira (PDT-RJ).

A Comissão Permanente de Direito Penal do IAB, que teve a honra de presidir de 2008 a 2010, preparou uma profunda análise do projeto de lei 156/2009 do Senado Federal, e sua crítica resultou num projeto de lei alternativo, apresentado à Câmara pelo deputado federal Miro Teixeira. Temas como a

relativização das nulidades (cf. art. 131 do projeto), a limitação do Habeas Corpus, privilégios de armas ao Ministério Público não conferidas à defesa, o interrogatório do réu em Juízo deixa de ser ato de defesa todos lhe fazem perguntas antes do próprio defensor, entre outras previsões, levaram o IAB a produzir a alternativa.

Um dos pontos significativos do projeto preparado no IAB reside na proibição de o Ministério Público realizar qualquer ato direto de investigação penal, não apenas porque seus membros selecionam aquilo que querem investigar, mas especialmente porque confere a uma das partes no processo um poder que não atribui à outra: MP é parte no processo e permitir sua atuação como órgão de investigação tem representado indiscutível violação ao princípio da igualdade das partes. As investigações secretas no âmbito do MP causam indignação a todo o segmento jurídico e representa clara manifestação de um processo penal absolutamente antidemocrático.

Por outro lado, se o promotor de justiça se traveste de investigador, despe-se da promoção de justiça e passa a atuar como interessado no resultado condenatório, ainda que o réu possa se valer da prova em sentido contrário ou do benefício da dúvida. Em matéria penal, a Constituição Federal determina tão somente que o MP pode requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

De toda sorte, o projeto oficial (PLS 156) trata debilmente de “investigação criminal” sem dizer quem está investido de poderes de realizá-la. Fugindo do essencial debate, o projeto oficial fala de “autoridade competente para conduzir a investigação criminal” (art. 9º.), sem ousar ingressar no tormentoso e já antigo tema da competência.

Afastando-se de incisiva definição sobre quem é a autoridade competente para investigar, obrou mal o legislador, porque, mesmo que admitisse a possibilidade de o MP investigar, deveria necessariamente estabelecer todas as regras de sua conduta (hoje, de resto e por incrível que seja, fragilmente reguladas por normas internas dos Ministérios Públicos), mormente estabelecendo direto e franco acesso do representante do investigado a todos os elementos coligidos, e ordenando que o juiz de garantias tenha informação

contemporânea de todos os atos praticados, deles dando ciência ao representante da defesa.

Omitindo tratamento do tema, remanesce a atividade do Ministério Público sem censura alguma, sem fiscalização alguma, sem certeza de que a prova que interessa à defesa estará nos autos, sem ciência alguma de qualquer organismo externo.

No que toca especificamente ao instituto do Juiz das Garantias, o IAB prestigia a inovação, todavia, diante da clara impossibilidade de sua implantação em todas as Comarcas brasileiras, lançou como proposta limitadora da atuação do Juiz que delibera medidas no inquérito policial a idéia fundamental de impedimento de sua atividade no curso da ação penal e julgamento do réu.

Assim, o IAB e o projeto 7987/10 da Câmara optaram por fixar que o juiz, que exera qualquer das decisões elencadas no capítulo do Juiz das Garantias, ficará impedido de processar e julgar a ação penal, medida mais adequada neste momento em que os que rejeitam a proposta em sua plenitude utilizam o argumento da incapacidade de dotar as Comarcas de, pelo menos, dois juizes criminais.

As garantias do cidadão devem estar respeitadas em toda e qualquer atividade estatal. O Processo Penal constitui um conjunto de normas destinadas a frear o poder estatal, sujeitando-o a regras rígidas de validade de sua atuação, em nome precisamente da obrigatoriedade de ser o cidadão oportuna e inteiramente informado daquilo que se busca em seu desfavor, garantido pelas normas constitucionais de garantia e do exercício pleno da advocacia que o representa.

Novembro de 2011

Professor Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito Candido Mendes. Advogado criminal. Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros.

A FAVOR DA RATIFICAÇÃO PELO BRASIL DA CONVENÇÃO DE VIENA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS, DE 1980 – UMA LEI UNIFORME PARA REGÊNCIA DESSES CONTRATOS.

(PARECER)

JOSÉ MARIA ROSSANI GARCEZ

I. INTRODUÇÃO

Nos contratos internacionais de compra e venda existe infinitas nuances interpretativas envolvendo, em menor ou maior grau, o coenvolvimento policrômico de partes, interesses e sistemas legais¹. Para falar deles devemos buscar elementos partindo de uma mundialização ou padronização dos direitos, o que é um fenômeno em curso, com o auxílio de instrumentos trazidos para a comunidade internacional de negócios como a lei uniforme da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG na sigla em Inglês, ou CVIM, na sigla em francês),

¹ Enzo Roppo afirma, com a enorme categoria que caracteriza sua obra “Il contratto”, editado pela Società Editrice il Mulino, Bologna, de 1977, traduzido para o português por Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, edição de 1998, da Livraria Almedina de Coimbra, 1988, págs. 22-23-24, que a disciplina dos contratos “longe de limitar-se a codificar regras ‘impostas’ pela ‘natureza’ ou ditadas pela “razão” (como afirmavam os seguidores do direito natural) – constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo) destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento conforme os interesses que, de quando em quando, se querem -tutelar”.

doravante, neste Parecer, também denominada Convenção ou Convenção de Viena, indistintamente.

Para melhor comentar a Convenção e, desde logo, referir a sua complementaridade e interação com a legislação brasileira em vigor, farei referência a alguns conceitos das regras do UNIDROIT que, no contexto da *Lex mercatoria*, serviram de base à citada Convenção, assim como comparações entre artigos da Convenção e da legislação brasileira, tentando demonstrar que a mesma não criará atritos com nossa legislação, constitucional ou infraconstitucional, mas sim que completará e trará benefícios ao país quando for por nós ratificada, inserindo-nos ainda mais no comércio mundial em que atuamos, com o apoio da volumosa doutrina e jurisprudência, arbitral e judicial, construídas. Internacionalmente, ao longo de mais de trinta anos.

A propósito, fora a crescente produção de livros, artigos e antecedentes sobre a CISG, dos dados e antecedentes encontráveis no site da UNCITRAL (<http://www.uncitral.org/uncitral>); são notáveis a respeito os trabalhos e o banco de dados sobre a Convenção acumulados pela Pace University School of Law, de White Plains, NY (<http://www.law.pace.edu>)¹, sobre os quais recomendamos a pesquisa.

Embora o uso indistinto de contratos sob formas não tradicionais e mesmo a comprovada existência de contratos comerciais informais de compra e venda

¹ A Pace Law School, que iniciou suas atividades em 1976, congrega hoje estudantes de muitos continentes e tem um Programa Internacional incluindo um LLM em direito comparado e uma notável base de dados sobre a *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Isso aconteceu mais precisamente com a nomeação do Professor Richard L. Ottinger como Dean da Pace Law School, em 1994, sendo introduzidos o Programa Internacional de Direito Comparado e o LLM voltado para os trabalhos acadêmicos com imensa *expertise* e repercussão mundial sobre a Convenção de Viena.

internacional de mercadorias, o que Enzo Roppo, analisou como uma “fuga ao contrato”, dando exemplos de comunidades de negócios de alguns países em que o costume e a tradição fazem com que as partes contratantes não se importem em demasia com a forma do contrato pelas sanções que possam sofrer e, em especial, por sua exclusão da esfera desses negócios, o fato é que, e o próprio Enzo Roppo reanalisa essa crítica ao final de seu livro¹ e, na realidade, admite que os contratos readquiriram novo *status* e novas formas, devido às exigências de novos tempos.

Difícilmente, assim, alguém se envolveria em um contrato, continuado ou não, de compra e venda comercial internacional de mercadorias, de forma abstrata ou pouco comprometida com algum efeito que pudesse provar sua existência, embora a Convenção disponha em seu artigo 11 que o contrato de compra e venda não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma, podendo ser provado por qualquer meio, inclusive testemunhal.

Em nosso Código Civil, o regime fundamental dos contratos, no que diz respeito à sua formação, encontra-se nos artigos 427 a 440. Nesses artigos, em especial nos 427 a 434, o Código trata da proposta e aceitação, quando esta obriga ao proponente, ou deixa de ser obrigatória, quando se trata de oferta ao público, tardia ou fora do prazo, quando deva ser expressa ou se considera inexistente, e a oferta dos contratos entre ausentes.

Essas noções do nosso CC embora não conflitem com os artigos da Convenção têm aplicação restrita aos contratos internos e somente poderão aplicar-se aos negócios internacionais caso, especificamente, nossa legislação, como lei substantiva de regência, venha a se aplicar a tais contratos devido à escolha pelas partes ou como resultado dos mecanismos de seleção do Direito Internacional Privado.

¹ “O Contrato” cit. Pág. 347.

O artigo 7º da CISG prevê que, em sua interpretação, serão levados em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

Inobstante a Convenção de Viena não levar em consideração a nacionalidade das partes, os seus dispositivos se aplicam aos contratos internacionais de compra e venda entre partes de diferentes Estados que a ela tenham aderido; ou se as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado que dela faça parte em relação à outra parte com sede ou operações em Estado que não tenha a ela aderido.

Assim, pelas regras de DIPr, é possível que em um contrato internacional de compra e venda de mercadorias firmado por parte brasileira, que é um dos Estados que, por enquanto, ainda não faz parte da Convenção, se possa, ou deva, aplicar a lei brasileira.

Nosso CC, no Título VI, “Das Várias Espécies de Contrato”, em seu Capítulo I, define a espécie do contrato de compra e venda. O artigo 481, a esse respeito, estabelece que no contrato de compra e venda um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe um preço em dinheiro. Acrescenta o artigo 482 que “A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço”. E no art. 483, que “[...] pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório”.

A venda é objeto de diversas definições em direito comparado. No direito francês, a concepção é que *a venda é uma convenção pela qual uma parte se obriga a entregar uma coisa, e a outra a pagar*¹. No Código Civil alemão, o BGB, e nos direitos da Suíça ou Holanda, por exemplo, a venda não opera diretamente a aquisição da propriedade da coisa vendida, embora obrigue o vendedor a fazer essa transferência compreendendo, nessa execução, a tradição da coisa.

Entre as duas concepções fica aquela do artigo 2 do *Sales of Good Act 1979*, inglês, pelo qual “o contrato de venda de mercadorias é um contrato pelo qual o vendedor transfere ou se compromete a transferir a propriedade das mercadorias ao comprador mediante uma contrapartida denominada preço”.

Os contratos internacionais, a sua vez, comportam uma série de definições como, dentre outras, que são “*manifestações bi ou plurilaterais das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável*”.² Em realidade, a definição do caráter internacional do contrato se dá quer seja através do *critério econômico*, que leva a qualificar como internacional todos os contratos que colocam em junção os interesses do comércio internacional, ou do *critério jurídico*, em que é relevante a situação das partes, por seus domicílios ou nacionalidade, pelo local da execução ou objeto do contrato, além de outros fatores, que ligam o contrato e seus efeitos a mais de um sistema jurídico.

¹ “La vente est une convention par laquelle l’un se’oblige à livrer une chose, l’autre à payer” (C. Civ., Art. 1582, al. 1)

² STRENGER, Irineu - “Contratos internacionais do comércio” Ed.LTR - SP, p. 65.

A par disso, no direito comparado formaram-se, historicamente, convergências estruturais-funcionais que resultaram nos principais sistemas legais, com identificação e influência multiterritorial, dentre os quais se encontram o dos países em que predominaram os princípios do Direito Romano e que adotaram sistemas de codificação escrita, o Brasil dentre eles, formando o sistema da *Civil Law*; o dos países da *Common Law*, nos quais se acentuou a força das decisões judiciais, precedendo e reformulando a estrutura legal, ao lado da legislação escrita; o dos países islâmicos, em que existe uma miscigenação dos princípios do Direito Romano, herdados através do Código Napoleão, aos princípios éticos e religiosos do islamismo. Há, ainda, subsistemas, em que se registraram rápidas transformações do direito nacional consuetudinário com a adoção de regras do direito romano-germânico codificado, como é o caso do Japão. A legislação da República Popular da China, a sua vez, tem uma tradição ancestral que remonta à filosofia de Confúcio sobre o controle social através da educação moral, com ênfase na codificação da lei civil e a sanção criminal. Após a Revolução de 1911, a República da China adotou a forma ocidental da codificação do direito civil, dentro do sistema da tradição romano germânica, e hoje, após ter sido influenciada pela legislação socialista, tem se modificado para adaptar-se à globalização, mesmo em sua legislação interna, sofrendo grande influência da legislação ocidental.

Para os contratos internos, a determinação das regras aplicáveis parece mais simples, pois, ainda que possam ser complexas tais regras, sua interpretação e existência se sujeitam a uma só lei. Para os internacionais, porém, a sua própria natureza complica aparentemente a tarefa de fixar a lei de regência, eis que normalmente tais contratos se acham ligados ao direito de dois ou mais países, quer em razão do domicílio das partes em países diversos, quer pelo fato de a prestação característica do contrato ter de ser executada em lugar distinto do de sua celebração, quer sejam regidos pelas leis de uma das partes situadas num outro Estado, ou por leis de mais de um Estado, no sistema da *dépeçage*. A par disso, qualquer que seja o direito nacional

aplicável, ele pode não conter disposições adequadas aos negócios internacionais.

Como afirma Lauro Gama Jr.¹ a divisão do mundo em diferentes sistemas jurídicos nacionais passou a ser vista “como uma *barreira não-tarifária*, a ser gradualmente eliminada para a construção de um mercado global”. Por isso o contínuo trabalho em favor da uniformização do direito contratual internacional, no qual atuam instituições intergovernamentais vinculadas à ONU, como a UNCITRAL e o UNIDROIT, e também regras de organizações privadas, como a Câmara de Comércio Internacional ou outras entidades internacionais similares.

A primeira vez, diz Fabíola Moraes², que se vislumbrou a aproximação do direito contratual dos Estados-Membros da União Europeia foi em 1989, quando o Parlamento Europeu aprovou uma Resolução “sobre um esforço de harmonização do direito-privado dos Estados-Membros”³. Surgia, então, esse tema recorrente e empolgante da harmonização do direito privado. Cinco anos depois, em 1994, o Parlamento Europeu aprovava uma nova Resolução, similar à primeira, solicitando à Comissão Europeia que trabalhasse sobre a possibilidade de elaboração de um Código Europeu Comum de Direito Privado.

Os trabalhos empreendidos por todos esses agentes em favor da harmonização do direito privado, muito embora apresentem resultados palpáveis, na verdade ainda são como no poema *Ítaca*, de autoria do poeta Konstantinos Kaváfis⁴, em que a felicidade e a riqueza são um caminho a percorrer, uma analogia à

¹ GAMA JR., Lauro Gama - Advogado, professor-adjunto da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica (PUC) do Rio de Janeiro, em “A hora e a vez da Convenção de Viena” – Texto em site na Internet.

² “Aproximação do Direito Contratual dos Estados-Membros da União Europeia”, Biblioteca de Teses, Ed. Renovar, 2007; p. 7.

³ Nessa Resolução já surgiam referências ao esforço pontual do direito Europeu, como se refere a autora citada, no direito privado, na Diretiva 85/374/CEE relacionada à responsabilidade por produtos defeituosos, na Diretiva 85/577/CEE relativa a contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais e na Diretiva 87/102/CEE ligada aos créditos de consumo.

⁴ De nacionalidade grega, nascido em 1863, em Alexandria.

vida, em que o sentido e o aprimoramento dos sentidos e a harmonização da experiência nos tornará ricos pelo caminho do aprendizado, ainda que só completemos o percurso no final da vida.

Uma grande quantidade de fatores tem implicação fundamental na estruturação e nos efeitos dos contratos internacionais de compra e venda. A prática mundial da utilização dos INCOTERMS¹ e o sistema de pagamentos internacionais através das Cartas de Crédito², para que se obtenha uma maior operacionalidade e síntese redacional dos mesmos são exemplos da maior importância, regulados não por tratados, mas através de regras emitidas e atualizadas pela Câmara de Comércio Internacional, com sede em Paris (CCI), num esforço modelador de uma *lex mercatoria*.

¹ INCOTERMS (International Commercial Terms - Termos de Comércio Internacional) - A expressão "Incoterms" corresponde ao nome pelo qual se designam as regras oficiais dos International Commercial Terms editados e revisados periodicamente pela CCI (Câmara de Comércio Internacional / *International Chamber of Commerce* - site - www.iccwbo.org) para a interpretação de termos comerciais utilizados nos contratos sobre transações internacionais. Foram criados com o objetivo de facilitar o comércio internacional, através da uniformização das regras internacionais para a interpretação dos termos e expressões comerciais mais frequentemente utilizados, tendo a grande vantagem de reduzir os riscos de litígios emergentes de eventuais interpretações contraditórias neste âmbito. Assim, o conjunto de siglas, de três letras cada, aprovadas pela CCI e designadas de "Incoterms" são os termos utilizados nas trocas comerciais, através dos quais se definem, dentro da estrutura de um contrato de compra e venda internacionais, os direitos e obrigações recíprocos do exportador e do importador, desde que exista acordo entre as partes para a sua utilização.

² Entre as formas de pagamento utilizadas, a mais segura tanto para exportadores como para importadores, é o Crédito Documentário ou Carta de Crédito, como é mais conhecida. Este sistema se utiliza de um reembolso de dinheiro através da apresentação de documentos. As cartas de crédito, que vem do inglês *Letter of Credit*, tem tido sua utilização em constante crescimento desde a primeira guerra mundial e desenvolveu-se até os dias de hoje, e no futuro certamente terão maior utilidade ainda, frente aos presentes riscos que oferecem as operações de comércio internacional. Cartas de Crédito são garantias de pagamento realizadas através de bancos que são os intermediários entre compradores e vendedores. Eles têm um papel intermediador fundamental, reduzindo em muito os riscos que fazem parte do comércio internacional. As cartas de crédito surgiram justamente para tentar diminuir os riscos políticos e econômicos que envolvem as negociações internacionais. As leis brasileiras não impõem nenhuma regra sobre Cartas de Crédito. A Câmara de Comércio Internacional (CCI), que tem sua sede em Paris, regulamentou essa documentação, sendo que o documento ficou universalmente conhecido como BROCHURA, e a de nº 600 (UCP 600), é a que está vigorando.

Ainda deve ser levado em conta que as operações de compra e venda internacional de mercadorias com frequência são intermediadas nos países a que elas se destinam por contratos de Agência ou Distribuição, previstos em leis específicas no Brasil e em Portugal, por exemplo, e sujeitos a modelos semi padronizados, *prêt a porter*, através de minutas como as produzidas pela CCI, com trânsito nos sistemas da *Civil* e *Common Law*, e interpretados através da doutrina e da jurisprudência *gestáltica* dos direitos dos Estados.

As regras sobre conflitos de leis mostram-se, porém, e ainda, o principal instrumento de delimitação da regulamentação das vendas internacionais em todo caso quando a questão é submetida a alguma jurisdição estatal,¹.

Essas são razões adicionais, e da maior relevância, que colocam ainda mais em relevo, **como lei uniforme**, a Convenção de Viena de 1980.

A CONVENÇÃO DE VIENA DE 11 DE ABRIL DE 1980.

Seguindo a apresentação inicial que se encontra no *site* da CISG Brasil (<http://www.cisg-brasil.net>) faço referência, a seguir, a seus dados

¹ HEUZÉ, Vincent – “La vente Internationale de Marchandises”, *Traité des Contrats, Droit Uniforme*, sous la direction de Jacques Ghestin, L.G.D.J. – Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000, Paris, p. 11. Nessa alentada obra sobre o tema da Convenção de Viena acrescenta ele que “diante de um Tribunal Arbitral, a questão se apresenta de uma maneira particular. Efetivamente, os árbitros podem ter uma missão que lhes é dada pelas partes quando escolhem uma determinada lei para regência do contrato ou eles próprios poderão escolher a lei de regência ou aceitar as normas escolhidas para esse efeito pelas partes, tal é o grau de flexibilidade que a arbitragem oferece. Porém, diferente é a situação perante a jurisdição estatal que não deve senão aplicar as regras de conflito em vigor no Estado do qual recebe seus poderes para determinar a lei do contrato ou validar, segundo tais princípios, a lei escolhida pelas partes, quando a aplicação da mesma não ferir a ordem pública do foro”

comparativos principais em relação à nossa legislação, à doutrina e jurisprudência internacional quanto a alguns artigos principais, finalizando por citar suas *vantagens* para os países que a firmaram e, mesmo para os que ainda a ela não aderiram, emoldurando o progresso que tem trazido às operações de compra e venda para a comunidade internacional de negócios.

A Convenção de Viena foi unanimemente aprovada, no dia 11 de abril de 1980, por uma conferência diplomática que contou com a participação de 62 Estados, convocada especialmente para esse fim.

Sua entrada em vigor ocorreu no dia 1º de janeiro de 1988 para os onze primeiros Estados que depositaram, junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas, os respectivos instrumentos de adoção. Tais Estados foram: Argentina, China, Egito, Estados Unidos, França, Hungria, Itália, Iugoslávia, Lesoto, Síria e Zâmbia.

Com a adesão da Turquia e da República Dominicana, em 7 de julho de 2010, e do Benin, em 1º de agosto de 2011, a CISG passou a ser adotada por 77 países que, em conjunto, respondem por cerca de 90% do valor negociado no comércio mundial.

O texto da CISG foi o resultado de um notável esforço coordenado de países de culturas jurídicas e graus de desenvolvimento econômico diferentes, de diversas partes do mundo, um verdadeiro trabalho ecumênico, sob a coordenação da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional – UNCITRAL. O Brasil, apesar de ter participado nos *travaux préparatoires*, não adotou, até o momento, a Convenção. Entretanto, a Presidência da República encaminhou no início de 2010 ao Congresso Nacional a Mensagem Nº 636, de 4.11.2010, para a adesão e ratificação da CV1980 entre nós, que foi publicada no DOU de 5.11.2010

A CISG é a mais bem-sucedida lei uniforme sobre trocas mercantis. Ela reuniu, em um só instrumento internacional, as matérias tratadas nas duas

Convenções da Haia de 1964 (ULFC - *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods* e ULIS - *Uniform Law for the International Sale of Goods*), quais sejam, respectivamente, a formação dos contratos de compra e venda internacional e as obrigações das partes nesses contratos.

Essa ampla aceitação da Convenção entre Estados que têm sistemas sociais, legais, jurídicos e políticos distintos, demonstra o considerável êxito obtido pela mesma. E as razões da sua aceitação são múltiplas, sendo de se destacar, em especial, a aprovação de um autêntico texto em que foi conseguida harmonização na participação de países em que há tensões de natureza técnico-legal entre os sistemas da *Common Law* em relação aos da *Civil Law*, sem dúvida algo que interessa, sobremaneira, à comunidade internacional de negócios.

Antes da Convenção, certamente, era muito mais difícil prever qual seria o destino das disputas pela aplicação da legislação interna de um dos países em que as partes tivessem domicílio, díspares em vários aspectos, relacionados à formação dos contratos, obrigações, risco de perdas e danos e soluções para o descumprimento dos mesmos. Entretanto, após o advento da Convenção, embora sua consistência e padronização, como direito uniforme entre os países que a ela aderiram como era natural, surgiram outras dúvidas de interpretação, oriundas de sua aplicação. Mas deve ser referido existir um impressionante volume de doutrina e antecedentes judiciais ou arbitrais, mundialmente, que orientam e facilitam sua aplicação¹.

¹ Ver o trabalho detalhado do jurista Franco Ferreri, Professor de Direito Comparado da Universidade Católica de Brabant na Holanda, na Universidade de Bolonha da Itália e da Universidade de Augsburgo, da Alemanha, disponível no site [HTTP://www.cisg.law.pace.edu/cisg.biblio](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg.biblio), que apresenta uma relação de pontos levantados pela Associação de Direito Civil holandesa, que convidou dois especialistas, um deles o Professor, para levantarem as pré condições para aplicar a Convenção e os pontos por ela não diretamente cobertos, entre outros detalhes, levantamento esse que envolveu dez anos de análise de dados, sendo tais pontos discutidos entre juristas, professores, magistrados e estudantes de direito, ante a Suprema Corte da Holanda.

A Convenção, com 101 artigos, divide-se em quatro partes. A parte I trata do seu campo de aplicação e disposições gerais, a parte II prevê normas sobre a formação do contrato, a parte III trata dos direitos e obrigações do vendedor e comprador e a parte IV das obrigações recíprocas entre os Estados. Ela alcançou um objetivo meta jurídico em grande parte pela sua divulgação, mesmo entre países que a ela não aderiram, qual seja a promoção do comércio internacional pela diminuição das barreiras legais internas a esses negócios.

REFERÊNCIA A ALGUNS ARTIGOS DA CONVENÇÃO DE VIENA.

Artigos 1º ao 6º - Aplicação

A Convenção de Viena (artigo 1º) aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias celebrados entre partes que tenham o seu estabelecimento em Estados diferentes: a) quando estes Estados sejam Estados contratantes; ou b) quando as regras de direito internacional privado conduzam à aplicação da lei de um Estado contratante¹.

¹ A Convenção aqui pode se sujeitar a uma redução importante de abrangência, pois no seu artigo 95 está contida a possibilidade de qualquer Estado, no momento em que exprima seu consentimento a vincular-se internacionalmente à mesma, declarar que não ficará obrigada pela alínea *b*) do parágrafo 1 do artigo 1 (de acordo com o qual, a aplicação da Convenção pode resultar, nos contratos por ela definidos como internacionais, da circunstância de as regras de conflitos do foro apontarem para a lei de um Estado que seja parte da Convenção). Assim, no caso dessa reserva, será aceito que um país, ao fazê-la, restrinja o âmbito de aplicação da Convenção, ficando, então, esse âmbito resultante da atuação e cumprimento apenas dos elementos de conexão previstos expressamente na própria Convenção (alínea *a*) do parágrafo 1 do artigo 1).

Complementando este conceito o artigo 2º estipula não ser "... levado em conta o fato das partes terem o seu estabelecimento em Estados diferentes quando este fato não ressalte nem do contrato, nem de transações anteriores entre as partes, nem de informações dadas por elas em qualquer momento anterior à conclusão do contrato, ou na altura da conclusão deste." E o artigo 3º aduz não serem também "... tomados em consideração para a aplicação da presente Convenção nem a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato."

Caso, assim, a Convenção seja objeto de análise em contrato cujo objeto em si a ela se enquadre e em que as partes tenham seus domicílios em Estados diferentes, *ambos vinculados à Convenção*, ela aplicar-se-á ao contrato independentemente dos mecanismos de direito internacional privado do foro, mesmo que as partes tenham deliberado aplicar uma terceira lei, e isso se entende, pois, sendo os Estados da sede, estabelecimento ou domicílio (de ambas as partes) situados em Estados que adotem a convenção, a lei que ela expressa passa a aplicar-se como a *lex contractus*, que se impõe ante as regras de conflitos dos Estados Partes da Convenção. Esse princípio faz com que a Convenção atue dentro da ordem jurídica de um Estado como uma *regra de conflitos especial*, que prevalece sobre as *regras de conflitos gerais* do ordenamento jurídico de um país considerado para esse efeito¹.

¹ Com base em comentários de Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos, na obra "CONTRATOS INTERNACIONAIS – Compra e venda, cláusulas penais, arbitragem – Livraria Almedina, Coimbra, Portugal, 1986, p. 20-21, de que não se tratam de regras de conflitos especiais, do tipo comum em DIPr, mas sim "de regras de conflitos estruturalmente análogas às tradicionais, cuja única especialidade reside no fato de se dirigirem a um acervo concreto de matérias e de serem criadas por fonte convencional específica." Nesses casos é no "próprio instrumento convencional que contém a regulamentação material do contrato de compra e venda internacional que nos surgem as regras que delimitam o âmbito espacial desta regulamentação."

O artigo 2º da Convenção¹ limita seu âmbito de aplicação, excluindo de sua regência alguns tipos de relação que necessitam de proteção especial ou diferenciada, tais como relações de consumo, compra e venda de ações, compra e venda de navios, entre outros. A respeito, ver Cláudia Lima Marques². O artigo 3º³ também delimita o âmbito de aplicação da Convenção, considerando contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, salvo se a parte que as encomendarem tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção, bem como excetuando aqueles em que a parcela preponderante da obrigação do fornecedor tratar-se de prestação de serviços.

Cabe ainda referir que os artigos 4º e 5º da Convenção limitam o escopo da sua aplicação, ou seja, em sendo aplicável a Convenção, resta saber em que

¹ Artigo 2 – Essa Convenção não se aplicará às vendas: (a) de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento da celebração do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal uso; (b) em hasta pública; (c) em execução judicial; (d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda; (e) de navios, barcos, *hovercraft* e aeronaves; (f) de eletricidade.

² De fato, tais relações são peculiares, necessitando proteção específica. No tocante a relações de consumo, por exemplo, ver: MARQUES, Cláudia Lima. A Insuficiente Proteção do Consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado – Da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a Lei Aplicável e alguns Contratos e Relações de Consumo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Ano 90, v. 788, pp. 11-56, jun. 2001; A Proteção do Consumidor de Produtos e Serviços Estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre os contratos à distância no comércio eletrônico. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 41, pp. 39-80, jan./mar. 2002, item 3.1.2; e VICENTE, Dário Moura. Desconformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo: a Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, nº 48, pp. 9-30, out./dez 2003, p.10.

³ Artigo 3 – (1) Serão considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, salvo se a parte que as encomendar tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção. (2) Não se aplica esta Convenção a contratos em que a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consistir no fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços.

extensão a mesma se aplica¹. São excluídas as questões referentes à validade do contrato e aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias, bem como à responsabilidade do vendedor por morte ou lesão corporal causadas pelas mercadorias.

Já o artigo 29 dispõe que: "1. Um contrato pode ser modificado ou extinto por simples acordo entre as partes. 2. Um contrato escrito, que contenha uma disposição onde se estipule que qualquer modificação ou extinção por acordo deve ser feita por escrito, não pode por outra forma ser modificado ou extinto por acordo. Contudo, o *comportamento* de uma das partes pode impedi-la de invocar essa disposição, *se a outra parte confiou nesse comportamento*" (grifos nossos).

O artigo 12, referido no artigo 6º da Convenção, estabelece que qualquer disposição dos artigos 11 ou 29 da segunda parte da mesma que permita uma forma diversa da escrita, para a conclusão, modificação ou extinção por acordo de um contrato de compra e venda, ou para qualquer proposta contratual, aceitação ou outra manifestação de intenção, não se aplica ao estabelecimento sito em um Estado parte cuja legislação exija que os mesmos contratos sejam concluídos ou constem de documentos escritos. Quaisquer estabelecimentos situados nesses Estados (conforme o artigo 96 da Convenção) podem declarar esse fato em qualquer momento, desde que tenham seu estabelecimento nesse Estado.

¹[18] Para uma análise completa sobre os artigos 4 e 5 e seus fundamentos, ver FERRARI, Franco. "Scope of application: Articles 4-5", in *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*, org. FERRARI, Franco, Munique, European Law Publishers, 2004, pp. 96-113.

O artigo 166 do nosso CC prevê ser nulo o negócio jurídico caso (IV) não revestir a forma prescrita em lei. Exemplo corriqueiro dessa exigência, que constitui a exceção, é o dos contratos que devam ser celebrados por escritura pública (CC art. 108). Mesmo esses, contudo, podem ser celebrados por instrumento particular quando se tratar de contratos que integrem o Sistema Financeiro da Habitação.

Assim, nossa legislação não obriga, exceto no exemplo antes mencionado, que os contratos tenham forma escrita em todos os casos, mas sim, e apenas, que não se afastem da forma, quando essa estiver prescrita na lei. Vale dizer que, na quase totalidade dos casos, não há previsão legal de forma escrita, embora, por cautela e praticidade, a maioria dos contratos entre nós firmados o seja por escrito.

Aliás, como dispõem os artigos 110 a 113 do nosso CC, a *manifestação de vontade* subsiste, ainda que o seu autor haja feito reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se o destinatário tinha conhecimento dessa reserva (art. 110); o silêncio de uma das partes importa em anuência, quando as circunstâncias e usos assim autorizarem, e não for necessária a declaração expressa (art. 111), atendendo-se nas declarações de vontade mais à intenção nelas contidas do que ao sentido literal da linguagem (art. 112), devendo os negócios jurídicos ser interpretados conforme a boa fé e os usos do lugar de sua celebração (art. 113).

A partir do artigo 421 de nosso CC, que tratam dos Contratos também não se encontram dispositivos que obriguem a forma desse tipo de contrato ser escrita.

Art. 7º Caráter internacional da Convenção de Viena.

De forma a dar uma interpretação uniforme, o item 1 do artigo 7º da Convenção dispõe que na interpretação de seus termos ter-se-á em conta seu

caráter internacional, bem como a necessidade de promover a uniformidade da sua aplicação e de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. No item 2º do mesmo artigo, é dito que as questões relativas às matérias reguladas pela Convenção e que não sejam expressamente resolvidas por ela, serão decididas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, na falta desses, de acordo com a lei aplicável em virtude das regras de direito internacional privado.¹

Diz-nos o Professor de Hamburgo, Ulrich Drobnig², em artigo sobre os Princípios Gerais (ou Código) para a Legislação Européia sobre Contratos, que a unificação do direito ocorre espontaneamente, sem um planejamento geral, por meio de diferentes patrocinadores e a vários níveis políticos, e que o processo para a elaboração de princípios legais gerais sobre contratos funciona da mesma forma que o empregado para elaborar qualquer outro princípio geral de lei: através de uma comparação de sistemas legais nacionais para a lei dos contratos.

Um exemplo do tratamento internacional dado às matérias reguladas pela Convenção é refletido no acórdão abaixo da Corte de Cassação – Suprema Corte - da Bélgica, no caso *Scafom International versus Lorraine Tubes S.A.S.*, de 19 de junho de 2009, que reformou julgamento de 2006 da Corte de Apelação de Antuérpia.

¹ Esses aspectos são comentados por Arthur B. Colligan Jr., no caso *Zapata Hermanos, S.A. v. Hearthside Baking Co. Inc.* (2001) em que se aplicou a Convenção. Comentários esses publicados na *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (2002) 40-56.

² Drobnig, Ulrich - General Principles of European Contract Law - Petar Sarcevic & Paul Volken eds., *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Oceana (1986), Ch. 9, 305-332. Reproduced with permission of Oceana Publications.

A decisão da Corte de Cassação Belga nesse caso foi no sentido de que, sob o artigo 79 (1) da CISG, a parte não seria responsável pela execução de suas obrigações se comprovasse, como ocorreu, que sua falha decorreu de impedimento fora de seu controle e que, dentro de critérios razoáveis, não poderia conhecer nem evitar ou superar as consequências desse problema nas condições do tempo da conclusão do contrato. A modificação dessas condições não era passível de previsão e tinha uma natureza que, de forma inequívoca, aumentara o ônus da execução do contato de uma maneira desproporcional, sob as circunstâncias, resultando no impedimento da parte em cumpri-lo.

A decisão incorporou o princípio de que, sob tais premissas, incorporadas, *inter alia*, nos princípios do UNIDROIT e aplicáveis aos Contratos Comerciais Internacionais, a parte que alega a mudança de circunstâncias que, fundamentalmente, perturbam o equilíbrio contratual, *é também investida de poderes para pleitear a renegociação do mesmo contrato, independentemente do que preconizem as legislações nacionais a respeito.*

Há também um acórdão, do *Tribunale di Forlì*, Itália¹ que, dentre a aplicação de outros artigos da Convenção de Viena, dispõe expressamente que a relação contratual tem um caráter internacional, de acordo com o art. 1º da mesma, por terem as partes diferentes lugares como centro de seus negócios em diferentes Estados Partes da Convenção, e a mesma representa em relação ao contrato *lex specialis*, afastando a aplicação das regras domésticas de conflitos de lei.

¹ Texto disponível em www.CISG-online.ch;

Artigo 14 - Proposta de contrato feita a pessoa determinada ou indeterminada.

O Artigo 14 da Convenção prevê o seguinte quanto ao que seja necessário para constituir uma *oferta de contrato*:

(1) Para que possa constituir uma proposta, a oferta de contrato feito à pessoa ou pessoas determinadas deve ser suficientemente precisa e indicar a intenção do proponente de obrigar-se em caso de aceitação. A oferta é considerada suficientemente precisa quando designa as mercadorias e, expressa ou implicitamente, fixa a quantidade e o preço, ou prevê meio para determiná-los.

O dispositivo acima se alinha na definição constante do artigo 2.1.2 (definição de proposta) inserido no Capítulo 2 (Formação do Contrato e Poder de Representação) dos Princípios do UNIDROIT 2010¹, entidade cujos trabalhos serviram como inspiração da Convenção desde a primeira versão e dispõe: "*Uma declaração negocial constitui uma proposta de contrato se for*

¹ Estes Princípios, publicados inicialmente em 1994 pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) e acrescido de novos capítulos e normas em 2004 [e agora, acrescente-se, renovados pela versão de 2010], constituem uma fonte não-legislativa de direito uniforme dos contratos internacionais. Sua autoridade como fonte do direito, dentre outras razões, decorre da excelência do trabalho realizado pelos juristas envolvidos em sua elaboração – daí denominar-se um *droit savant* – como Lauro Gama se refere em seus comentários aos Princípios de 2004 [Ed. Renovar] de todas as tradições jurídicas contemporâneas. Conforme o site www.unidroit.org o UNIDROIT é uma organização intergovernamental independente, com sede em Roma, na Vila Aldobrandini, e tem como objeto de estudos os meios e métodos tendentes a modernizar, harmonizar e coordenar o direito privado, em particular o direito comercial, entre Estados ou Grupo de Estados. O Instituto foi criado em 1926, como órgão auxiliar da Sociedade das Nações, antes da sua dissolução, e reconstituído em 1940, em virtude de acordo multilateral entre os Estados (atualmente 63) que aderiram a seu Estatuto Orgânico.

suficientemente precisa e indicar a intenção do proponente de se obrigar em caso de aceitação”.

(2) A oferta dirigida a pessoas indeterminadas será considerada apenas um convite para apresentação de propostas, salvo se o autor da oferta houver indicado claramente o contrário.

Nosso CC dispõe a respeito nos artigos 428 a 435, que se transcrevem para uma eventual avaliação comparativa – se bem que não haja realmente correspondência e se tenha que analisar períodos ou dispositivos salteados da Convenção em relação ao que existe em nosso CC. Tais artigos abaixo se transcrevem:

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 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	Art. 431. A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará nova proposta. Art. 432. Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa. Art. 433. Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.
---	--

resposta dentro do prazo dado; IV - se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente. 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. Art. 430. Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este o comunicará imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada.	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. Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto.
---	---

A linha da Convenção (parágrafo 1º do art. 14) é a de que uma *oferta de contrato* deva ser feita a pessoa (s) determinada(s). Mas as propostas direcionadas a uma generalidade de pessoas indeterminadas estão também previstas e poderão compor duas categorias distintas: (a) ou serão tomadas

como *ofertas ao público*, quando o autor demonstrar a intenção de que, com seu comportamento, há uma vinculação jurídica, ou, na ausência desse propósito, serão considerados meros *convites a contratar, para apresentação de propostas* (nos termos do parágrafo 2º do art. 14 da Convenção).

Nesse sentido, a Convenção adota uma postura colocada entre os sistemas legais que admitem e os que não admitem as ditas *ofertas ao público*.

Eduardo Grebler comenta¹ que “o tratamento restritivo dado pela Convenção à proposta inespecífica ou genérica, considerando-a insuficiente para permitir a formação do contrato de venda, equivale ao que se encontra nos direitos nacionais de países de tradição civilista como a França, Alemanha, Suíça, Itália e Polônia, mas também de raiz consuetudinária, como Estados Unidos, Inglaterra, Canadá, Nova Zelândia, Índia e República Sul-Africana”, pois nas legislações desses países a comunicação ao público e a proposta a destinatários inespecíficos constituem mero convite para que façam suas ofertas, exceto se nela se contiver o intento específico de se obrigar.

Nosso CC, no artigo 429, adota, assim, princípio diverso daquele referido no artigo 14 da CISG, pois dispõe que a oferta ao público *representa uma proposta* quando encerra os *requisitos essenciais* do contrato, a não ser que o oposto resulte das circunstâncias ou do uso.

A doutrina existente em Portugal, na inexistência de um artigo de lei específico naquele país², admite que para a proposta feita a pessoas indeterminadas seja

¹ “A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro”, artigo inserido no III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, Vol. I, 2008, CEDIN, Belo Horizonte, MG.

²Nas palavras de Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos Obra cit. Pág. 48

caracterizada como uma *oferta de contrato ao público* bastará que atenda aos usos e costumes para o caso (citando, como exemplo, a exposição de mercadorias com indicação do preço).

É claro que em uma oferta de contrato dirigida a uma pessoa determinada (tanto quanto nas ofertas ao público) é necessário, ainda, que ela seja suficientemente precisa e que exprima a vontade específica de seu autor para a ela se vincular. Indica a Convenção de Viena no parágrafo 1º do artigo 14, ser necessário haver uma designação das mercadorias que são seu objeto e que fique fixado, expressa ou implicitamente, a quantidade e preço das mercadorias pretendidas vender, ou que ao menos sejam fornecidos os elementos para sua determinação.

Artigos 15 a 17 - Eficácia, aceitação e recusa das propostas.

Quanto à eficácia das propostas, a Convenção adota a *teoria da recepção*, ou seja, deve ter sido feita a proposta, nos termos antes referidos, que possa vincular as partes e ela deve *chegar* ao destinatário. Chegar aqui é uma referência a chegar à esfera jurídica do destinatário¹, não requerendo o conhecimento efetivo pelo mesmo, o que suporia a adoção da teoria do *conhecimento ou percepção* (esse “chegar” representa o fato da *proposta se tornar eficaz, passar a ter existência legal objetiva quando chegue, simplesmente, ao destinatário*). Desse ponto em diante o proponente fica

¹ Convenção - Artigo 24 - “Para os fins desta Parte da Convenção, se considerará que a proposta, a manifestação de aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção “chega” ao destinatário quando for *efetuada verbalmente*, ou *for entregue pessoalmente* por qualquer outro meio, no seu estabelecimento comercial, endereço postal, ou, na falta destes, na sua residência habitual.”

juridicamente vinculado aos termos de sua proposta, tendo, ademais, criado expectativas no receptor.

É claro que o ciclo se aperfeiçoa quando a proposta venha a ser *aceita*, pois o artigo 17 estabelece que a mesma *se extinga* no momento em que chegue ao proponente a respectiva recusa.

Diga-se que nosso CC não trata desse ponto, mas faz, indiretamente, referência ao *conhecimento* da proposta quando de sua recepção, no artigo em que se refere à retratação (de que deve ser simultaneamente avisado o proponente), e se relaciona a *prazos*, dispondo no art. 428, que a proposta deixa de ser obrigatória se feita *sem prazo* à pessoa presente, não for *imediatamente por ela aceita* (considerando-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante) ou, se feita *sem prazo* à pessoa ausente, tiver decorrido *tempo suficiente* (o que parece vago, no contexto) para chegar a resposta ao conhecimento do proponente, ou, ainda, se feita à pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado.

Nos pontos acima, nosso CC admite a autonomia da vontade das partes, em termos de fixação ou não de prazos, como também, em ponto menor e menos detalhado, a Convenção o faz, ao dispor no artigo 16 (2) que a proposta não poderá, porém, ser revogada (a) *se fixar prazo para aceitação* ou por outro modo indicar que seja ela irrevogável.

Mas a Convenção traz dispositivo que nosso CC não prevê que é o contido no artigo 16 (2) (b), de que pode ser *razoável* entender-se que o destinatário considere a proposta irrevogável e tenha *agido em confiança na proposta recebida*.

Pode, como acima dito, haver *retratação* válida como prevê nosso CC (art. 328, inciso IV), se, antes da recepção dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte essa desvinculação do proponente. Vê-se que na Convenção essa *retirada* ou desvinculação da proposta se conta do momento em que também ela *chegue* ao destinatário, antes ou simultaneamente à proposta.

A Convenção trata, todavia, de modo mais detalhado e com aplicação mais eficaz que nosso CC, a contagem em si dos prazos, em seu artigo 20, estabelecendo que “(1) O prazo de aceitação fixado pelo proponente em telegrama ou carta começará a fluir no momento em que o telegrama for entregue para expedição, ou na data constante da carta, ou, à falta desta, na data que constar do envelope. O prazo de aceitação que o proponente fixar por telefone, telex ou outro meio de comunicação instantâneo começará a fluir no momento em que a proposta chegar ao destinatário e que, (2) Serão considerados na contagem de prazo os feriados oficiais ou os dias não úteis nele compreendidos. Todavia, caso a comunicação de aceitação não possa ser entregue no endereço do autor da proposta no último dia do prazo, por ser feriado ou dia não útil no local do estabelecimento comercial do proponente, o prazo considerar-se-á prorrogado até o primeiro dia útil subsequente.”

Dessa forma, o momento inicial da contagem do prazo para aceitação da proposta é calculado pela Convenção de vários modos consoante o artigo 20 (1). Tais normas do texto convencional se explicam pelas particulares evidências de *certeza* que o comércio internacional exige e pela eventualidade de *soluções divergentes* nos vários sistemas nacionais que podem tratar do tema.

Artigos 18 e 19. Proposta e aceitação

Esses artigos da Convenção apresentam as condições da proposta e aceitação de contratos por correspondência ou não presenciais, de forma que: - Artigo 18 - (1) Constituirá aceitação a declaração, ou outra conduta do destinatário, manifestando seu consentimento à proposta. O silêncio ou a inércia deste, por si só, não importa aceitação. (2) Tornar-se-á eficaz a aceitação da proposta no momento em que chegar ao proponente a manifestação de consentimento do destinatário.

A aceitação não produzirá efeito, entretanto, se a respectiva manifestação não chegar ao proponente dentro do prazo por ele estipulado ou, à falta de tal estipulação, dentro de um prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias da transação, especialmente a velocidade dos meios de comunicação utilizados pelo proponente. A aceitação da proposta verbal deve ser imediata, salvo se de outro modo as circunstâncias indicarem. (3) Se, todavia, em decorrência da proposta, ou de práticas estabelecidas entre as partes, ou ainda dos usos e costumes, o destinatário da proposta puder manifestar seu consentimento através da prática de ato relacionado, por exemplo, com a remessa das mercadorias ou com o pagamento do preço, ainda que sem comunicação ao proponente, a aceitação produzirá efeitos no momento em que esse ato for praticado, observados os prazos previstos no parágrafo anterior.

Artigo 19 (1) A resposta que, embora pretendendo constituir aceitação da proposta, contiver aditamentos, limitações ou outras modificações, representará recusa da proposta, constituindo contraproposta. (2) Se, todavia, a resposta que pretender constituir aceitação contiver elementos complementares ou diferentes, mas que não alterem substancialmente as condições da proposta, tal resposta constituirá aceitação, salvo se o proponente, sem demora injustificada, objetar verbalmente às diferenças ou enviar uma comunicação a respeito delas. Não o fazendo, as condições do contrato serão as constantes da proposta, com as modificações contidas na

aceitação. (3) Serão consideradas alterações substanciais das condições da proposta, entre outras, as adições ou diferenças relacionadas ao preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade de uma das partes perante a outra ou o meio de solução de controvérsias.

Artigo 21 da Convenção – artigos 430, 431 e 432 do CC brasileiro.
Aceitação tardia

CC Brasileiro – **Art. 430.** Se a aceitação, por circunstância imprevista, chegar tarde ao conhecimento do proponente, este o comunicará imediatamente ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos. Parágrafo único. Pode revogar-se a oferta pela mesma via de sua divulgação, desde que ressalvada esta faculdade na oferta realizada. **Art. 431.** A aceitação fora do prazo, com adições, restrições, ou modificações, importará *nova proposta*. **Art. 432.** Se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, *não chegando a tempo a recusa*.

Como poderá ser notado, a seguir, não existem diferenças significativas, senão redacionais, entre o que prevê o CC brasileiro e a Convenção (art. 21), quanto a esse ponto.

Art. 21 da Convenção de Viena -

(1) A aceitação tardia produzirá efeito de aceitação caso o proponente, sem demora, informe verbalmente ou envie comunicação neste sentido ao destinatário.

(2) Se a carta ou outra comunicação escrita contendo aceitação tardia revelar ter sido expedida em condições tais que chegaria a tempo ao proponente caso a transmissão fosse regular, a manifestação tardia produzirá efeito de aceitação, salvo se o proponente, sem demora, informar ao destinatário que considera expirada sua proposta, ou enviar comunicação para este efeito

Os artigos 21 da Convenção de Viena e 23 dos Princípios do UNIDROIT guardam grande similaridade entre si e, por isto, são muitas vezes comparados e estudados em conjunto.

Artigo 28 - Aplicação do Direito Nacional - Cumprimento de obrigação específica pelo Juiz.

O artigo 28 da Convenção dispõe que se, na conformidade com as disposições da mesma, uma das partes tiver o direito de exigir da outra o cumprimento de certa obrigação, o juiz não estará obrigado a ordenar sua execução específica salvo se devesse fazê-lo segundo seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes não regidos pela Convenção.

Numa decisão da *Cámara Nacional de Apelaciones* de Buenos Aires, num caso entre a *Cervecería y Maltería Paysandú S.A.* v. *Cervecería Argentina S.A.*, de 21 de julho de 2002¹ a *Cervecería y Maltería Paysandú S.A* (doravante

¹ Case law on UNCITRAL texts (CLOUT) abstract no. 636.

vendedora), uma empresa uruguaia, celebrou contrato com a *Cervecería Argentina S.A.* (a compradora), com sede na Argentina, para vender à última malte a ser entregue na planta industrial desta em Zárate, Argentina, no início de 1995 (artigo 30 da Convenção¹). O foco principal da decisão foi o de determinar a qualidade da aquisição da mercadoria quando o comprador recusar-se a pagar o preço sob a alegação de desconformidade da mesma.

Com base nas regras do Código Comercial argentino, o Tribunal de Primeira Instância acolheu a reclamação do vendedor e determinou que o comprador pagasse o preço, mais juros, a serem contados da data da entrega das mercadorias. Em sede de apelação a Corte esclareceu que ao caso se aplicava a Convenção de Viena, em virtude do artigo 1 (1)(b), conforme as regras do direito internacional privado argentino, que apontavam para a aplicação da lei argentina, um Estado Parte que firmara a Convenção, e desde que o Uruguai não era parte da Convenção ao tempo em que firmara o contrato, a ele não se aplicando a mesma Convenção. Para determinar a lei aplicável ao caso a Corte considerou o local da execução da obrigação contratual, no qual tem lugar “o mais característico desempenho” que, em um contrato internacional de compra e venda de mercadorias apresenta, que é a entrega das mercadorias, ao invés do pagamento do preço de compra. Assim, como a entrega das mercadorias ocorrera na Argentina a lei deste país deveria ser considerada como aplicável.

Com relação o procedimento para determinar a não conformidade da mercadoria, o Tribunal considerou a questão como não contemplada na Convenção de Viena. Assim, com base no artigo 7(2) da mesma, o Tribunal voltou a considerar a lei argentina como aplicável. O artigo 476 do Código

¹ “Artigo 30 - O vendedor estará obrigado, nas condições previstas no contrato e na presente Convenção, a entregar as mercadorias, a transmitir a propriedade sobre elas e, sendo o caso, a remeter os respectivos documentos”.

Comercial argentino exige que a não conformidade da mercadoria seja estabelecido por arbitragem, um procedimento que o comprador não havia seguido. Mesmo assumindo que a arbitragem não poderia ser compulsória e pudesse ser substituída por método diverso, como testes a serem feitos por especialistas, o Tribunal concluiu que o comprador não havia apresentado evidências suficientes de que as mercadorias não estavam conformes o contrato firmado. Assim, o Tribunal decidiu que o vendedor fazia jus ao pagamento do preço (art. 62 da Convenção de Viena), acrescido de juros (artigo 78 da mesma Convenção).

Artigo 33 - I - Entrega da mercadoria, prazo razoável concedido a partir da conclusão do contrato.

A Convenção prevê:

Artigo 33 - O vendedor deverá entregar as mercadorias:

- a) na data que houver sido fixada ou possa ser determinada de acordo com o contrato;
- (b) em qualquer momento durante o prazo que houver sido fixado ou que possa ser determinado de acordo com o contrato, salvo se das circunstâncias resultar que caiba ao comprador a escolha da data; ou
- (c) em qualquer outro caso, dentro de um prazo razoável a partir da conclusão do contrato.

A alternativa constante da letra (c), ou seja, a extensão automática para, em qualquer outro caso que não o das alíneas (a) e (b) anteriores, tenha o vendedor um prazo razoável para entregar as mercadorias, representa uma condição mais favorável ao cumprimento da obrigação. Este princípio vem do

direito alemão, em que existe sob a expressão *Nashfrist* tendo recebido vários comentários, inclusive de Maryellen Di Palma¹ e Eduardo Grebler².

Maryellen Di Palma acentua que, embora este conceito exista em outras leis de países da *civil law* e nos textos multilaterais/internacionais como a Convenção, o UNIDROIT e os Princípios Europeus sobre Contratos (elaborados pela Comissão Lando, sob a égide do MCE), no direito alemão existe sob uma atmosfera de flexibilidade e informalismo, que difere muito da jurisprudência da *common law*. O sistema da legislação e da prática na Alemanha para a responsabilidade contratual tem mais relação com as consequências dos atos do que nos padrões daquele sistema, dando menor ênfase aos tipos de instrumentos legais utilizados e nos rótulos a eles aplicados, e maior nos efeitos dos propósitos implícitos dos instrumentos, não sendo requerida a interpelação do obrigado para a outorga de prazo suplementar para o cumprimento da obrigação da entrega da mercadoria.

Eduardo Grebler faz notar inexistir no CC brasileiro dispositivo com este teor e que, ao contrário, a regra sobre prazo de cumprimento de obrigação contratualmente com prazo determinado está incorporada no velho brocardo romano *dies interpellat pro homine*, segundo o qual o simples lapso do tempo é bastante para caracterizar o inadimplemento" (CC art. 397).

Art. 39 - Prazo para alegar desconformidade da mercadoria recebida

¹ Sobre o tema ver artigo com comentários completos de Maryellen Di Palma, sob o título "*Nashfrist* under National Law, the CISG and UNIDROIT and European Principles: a Comparison" - International Contract Advisor *(Kluwer) vol. 5, Nº 1, (Winter 1999) 28-38 - disponível em [http:// WWW.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio](http://WWW.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio).

² "A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro", artigo inserido no III Anuário Brasileiro de Direito Internacional, Vol. I, 2008, CEDIN, Belo Horizonte, MG, pág. 103.

O artigo 39 (1) da Convenção prevê que o comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor, precisando sua natureza, em *prazo razoável* a partir do momento em que a constatar, ou em que deveria tê-la constatado, e que, em qualquer caso, este prazo 39 (2) será de até dois anos a partir da data em que as mercadorias efetivamente passarem à sua posse, salvo se tal prazo for incompatível com a duração da garantia contratual.

Existe jurisprudência (*GISG Case Presentation*) citando este artigo numa decisão de 31.01.2005, do Tribunal de Apelação da Província de Cuenca, Espanha, num litígio sobre a compra e venda de bezerros vivos. Nesta operação o vendedor entregou os bezerros, que não eram das raças acordadas, num estado sanitário deficiente, com sintomas de desnutrição e desidratação, que causou a morte de 25 deles. O vendedor requereu o pagamento integral do preço mais juros de mora. O Tribunal de Apelação considerou que não existiu descumprimento essencial, mas parcial, e acatou a interpretação do Juiz de Primeira Instância quanto ao cumprimento do prazo da comunicação pelo comprador ter sido feita em prazo razoável, tendo esclarecido sua natureza, a partir do momento em que a constatou, como dispõe o art. 39 (1) da Convenção de Viena, considerando razoável a comunicação feita num termo de 20 a 25 dias. E quanto à fixação de juros de mora os considerou decididos na sentença de primeira instância, que foi confirmada, com base na aplicação do princípio *in illiquidis non fit mora*.

Art. 40 (também artigos 35, 36, 38, 50, 51 e 74).

Artigo 35

(1) O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida.

(2) Salvo se as partes houverem acordado de outro modo, as mercadorias não serão consideradas conformes ao contrato salvo se:

(a) forem adequadas ao uso para o qual mercadorias do mesmo tipo normalmente se destinam;

(b) forem adequadas a algum uso especial que, expressa ou implicitamente, tenha sido informado ao vendedor no momento da conclusão do contrato, salvo se das circunstâncias resultar que o comprador não confiou na competência e julgamento do vendedor, ou que não era razoável fazê-lo;

(c) possuírem as qualidades das amostras ou modelos de mercadorias que o vendedor tiver apresentado ao comprador;

(d) estiverem embaladas ou acondicionadas na forma habitual para tais mercadorias ou, à falta desta, de modo apropriado à sua conservação e proteção.

(3) O vendedor não será responsável por qualquer desconformidade das mercadorias em virtude do disposto nas alíneas (a) a (d) do parágrafo anterior, se, no momento da conclusão do contrato, o comprador sabia ou não podia ignorar tal desconformidade.

Artigo 36

(1) O vendedor será responsável, de acordo com o contrato e com a presente Convenção, por qualquer desconformidade que existir no momento da

transferência do risco ao comprador, ainda que esta desconformidade só venha a se evidenciar posteriormente.

(2) O vendedor será igualmente responsável por qualquer desconformidade que ocorrer após o momento referido no parágrafo anterior, que seja imputável ao descumprimento de qualquer de suas obrigações, inclusive quanto à garantia de que, durante certo período, as mercadorias permanecerão adequadas a seu uso normal ou a determinado uso especial, ou que conservarão as qualidades ou características especificadas.

Artigo 38

(1) O comprador deverá inspecionar as mercadorias ou fazê-las inspecionar no prazo mais breve possível em vista das circunstâncias.

(2) Se o contrato envolver o transporte das mercadorias, a inspeção poderá ser adiada até a chegada delas a seu destino.

(3) Se o comprador alterar o destino das mercadorias em trânsito, ou as reexpedir sem ter tido oportunidade razoável de inspecioná-las, e no momento da conclusão do contrato o vendedor tenha tido ou devesse ter conhecimento da possibilidade de alteração de destino ou de reexpedição, a inspeção poderá ser adiada até a chegada das mercadorias a seu novo destino.

Artigo 39

(1) O comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor, precisando sua natureza, em prazo razoável a partir do momento em que a constatar, ou em que deveria tê-la constatado.

(2) Em qualquer caso, o comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor no prazo máximo de dois anos a partir da data em que as mercadorias efetivamente passarem à sua posse, salvo se tal prazo for incompatível com a duração da garantia contratual.

Artigo 40

O vendedor não poderá invocar as disposições dos artigos 38 e 39 se a desconformidade referir-se a fatos dos quais sabia, ou que não podia ignorar, e que não tenham sido revelados ao comprador.

Artigo 50

Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, já tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato. Todavia, se o vendedor sanar qualquer descumprimento de suas obrigações, de acordo com o artigo 37 ou com o artigo 48, ou se o comprador negar-se a aceitar o cumprimento pelo vendedor, de acordo com os mencionados artigos, o comprador não poderá reduzir o preço.

Artigo 51

(1) Se o vendedor entregar somente parte das mercadorias, ou se somente parte das mercadorias entregues estiver de acordo com o contrato, aplicar-se-ão os artigos 46 a 50 no tocante à parte faltante ou desconforme.

(2) O comprador somente poderá declarar resolvido o contrato se a entrega parcial ou a desconformidade constituir violação essencial do contrato.

Artigo 74

As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofridos pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.

Um caso julgado pela Corte de Falências do Distrito do Oregon, nos Estados Unidos ¹ em março de 2004, apresenta a aplicação prática de vários artigos acima transcritos da Convenção (35, 36, 38, 40, 50, 51 e 74).

A questão trata, basicamente, da conformidade das mercadorias e com a possibilidade de ser reclamada indenização por prejuízos em caso de não conformidade. Uma companhia norte-americana (a vendedora) ajustou a

¹ Case 694: CISG 35; 36; 38; 39; 40; 50; 51; 74 - United States: U.S. Bankruptcy Court for the District of Oregon. No. 02-66975-fra11 - 29 March 2004. Case Law on UNCITRAL Texts (CLOUT) - . : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040329u2.html>

venda de árvores de natal para um cliente mexicano (o comprador). O contrato previa que as árvores eram da categoria 1, uma referencia a uma categorização de árvores de natal estabelecida pelo Departamento norte americano de Agricultura.

O vendedor entregou muitas árvores de natal com categoria inferior a 1. O comprador conseguiu revender muitas árvores somente com extrema redução de preços, mas não todas as árvores. O vendedor, subsequentemente, iniciou voluntariamente um processo de recuperação da empresa, com base no Código de Falências norte-americano. O comprador ingressou no processo de recuperação com pedido de indenização por prejuízos. O vendedor objetou ao reconhecimento desse pedido alegando que o comprador havia falhado em notificar a não conformidade da mercadoria. Os itens da controvérsia perante a Corte de Recuperação de Empresas eram se o comprador estaria habilitado a reclamar por prejuízos, e, se estivesse, o montante dos prejuízos que lhe teriam sido causados.

A Corte aceitou o requerimento e calculou o montante do mesmo. Notando que as partes tinham domicílio em Estados Partes diferentes, a Corte aplicou a Convenção de Viena ao caso. Citando o artigo 40 da Convenção, a Corte deduziu que o vendedor sabia ou deveria saber da não conformidade das árvores pois com relação a árvores adquiridas pelo vendedor de um supridor terceira parte, os termos expressos do contrato de aquisição davam as mesmas como sendo árvores de categoria 3. E quanto a não conformidade das árvores colhidas e embarcadas das próprias terras do vendedor, os empregados do mesmo não deviam desconhecer a não conformidade das mesmas. A Corte declarou que a notificação não necessitava seguir uma determinada forma e que seu propósito seria de propiciar ao vendedor a correção da não conformidade. Porém, em razão do período limitado para a venda de árvores de natal, a descoberta da não conformidade chegou num momento em que o vendedor não poderia mais corrigir este problema.

A Corte calculou o montante da reclamação do comprador no processo de recuperação e, ao citar o artigo 50 da Convenção, declarou que o comprador estava habilitado a recuperar o montante pago pela não conformidade de cada lote, assim como o frete e custos de manuseio dos mesmos.

Art. 49 da Convenção - Possibilidades e restrições para declarar o contrato rescindido.

O artigo 49 da Convenção dispõe que "(1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido: (a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou

(b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido.

(2) Todavia, se o vendedor tiver entregue as mercadorias, o comprador perderá o direito de declarar o contrato rescindido, se não o fizer:

(a) em caso de entrega tardia, em prazo razoável após ter tomado conhecimento de que a entrega foi efetuada;

(b) em caso de outro descumprimento que não a entrega tardia, dentro de prazo razoável:

(i) após o momento em que tiver ou dever ter tido conhecimento da violação;

(ii) após o vencimento do prazo suplementar fixado pelo comprador conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou após o vendedor declarar que não executará

suas obrigações no referido prazo suplementar, ou (iii) após o vencimento de qualquer prazo suplementar indicado pelo vendedor conforme o parágrafo (2) do artigo 48, ou após o comprador declarar que não aceitará o cumprimento.”

Parecer adotado pelo 5º Conselho Consultivo da Convenção de Viena¹, sendo Relator da mesma o Professor Dr. Ingeborg Schwenzer, da Universidade de Basiléia, de 7 de maio de 2005², registra que as regras referentes à resolução do contrato em caso de mercadorias em desconformidade devem considerar três interesses distintos³: o comprador está interessado em um baixo patamar para a resolução, enquanto o vendedor está interessado em um alto limite para resolução e motivações econômicas.

Entre sistemas jurídicos internos, prosseguem os comentários do citado Parecer, têm surgido grandes divergências de opinião quanto sob quais circunstâncias pode o comprador resolver o contrato em caso de desconformidade da mercadoria ou documentação enquanto o artigo 49 da Convenção dispõe que a resolução é possível caso a inexecução, por parte do vendedor, de qualquer de suas obrigações estabelecidas no contrato ou nos artigos da própria CV1980, constituir uma violação fundamental do pacto. Segundo o artigo 25 da Convenção de Viena, uma violação é fundamental “quando causa à outra parte um prejuízo tal que a prive de substancialmente daquilo que lhe era legítimo esperar do contrato, salvo se o vendedor não previu este resultado e se uma pessoa razoável, com idêntica qualificação e frente à mesma situação, não o tivesse igualmente previsto”.

¹ Este Comitê Consultivo (*CISG Advisory Council*) é um organismo privado, criado sob os auspícios do Instituto de Direito Comercial *Internacional da Pace university School of Law* de Nova York, EUA, e do Centro de Direito Comercial da *Queen Mary, University of London*, com o objetivo de promover a interpretação uniforme da Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

² Consta este Parecer do nº 23 da Revista Brasileira de Arbitragem, de jul-ago-set 2009, publicada em regime de co-edição entre o IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. e o Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr, nas págs. 227-249.

³ [HTTP://www.cisg-online.ch/cisg/Schlechtriem-PaceInt'IL.Rev.pdf](http://www.cisg-online.ch/cisg/Schlechtriem-PaceInt'IL.Rev.pdf).

Os sistemas da *Civil Law*, prossegue o citado Parecer, eram originalmente baseados nas regras do direito romano sobre a compra e venda, que defendia que, em caso de defeitos na qualidade das mesmas, o comprador tinha o direito de exigir redução do preço de compra (*actio quanti minoris*) ou de resolver o contrato (*actio redhibitoria*). Entretanto, as leis modernas como O Estatuto Alemão de Modernização da Lei de Obrigações, a Lei Escandinava de Compra e Venda ou o Código Civil Holandês, seguem a mesma orientação da Convenção de Viena, aplicando a noção de violação fundamental ou conceitos semelhantes na resolução do contrato.

A jurisprudência da parte dos tribunais estatais ou arbitrais da noção de “violação fundamental” em casos de desconformidade da mercadoria difere, entretanto, consideravelmente, mesmo dentro de um único sistema jurídico.

Um acórdão da Suíça exemplifica a aplicação deste artigo 49 da Convenção e seus corolários¹. O autor uma empresa Suíça vendeu um “centro flutuante”, um container com água salgada para facilitar a flutuação para um cidadão alemão por determinado preço. O comprador alegou que o container rompeu-se e sua casa foi danificada pela água. O comprador declarou o contrato cancelado (artigo 49(1) da Convenção) e recusou-se a pagar o restante do preço. Quando o vendedor acionou o comprador pelo restante do preço este ajuizou reconvenção, requerendo indenização.

A Corte reconheceu existir um contrato entre as partes para a venda de mercadorias com a obrigação acessória de instalar o container. Declarou também ser aplicável a Convenção de Viena desde que os serviços tinham sido

¹ Case law on UNCITRAL texts (CLOUT) abstract no. 196

prestados, ou seja, a instalação do container, mas isto não era preponderante (art. 3(2) da Convenção).

A Corte decidiu em favor do vendedor, sustentando que o comprador tinha perdido o direito de declarar nulo o contrato sob o artigo 49 da Convenção desde que falhara ao não ter notificado o vendedor sobre a não conformidade da mercadoria num tempo razoável (artigo 39(2) da Convenção).

A Corte também mencionou que a falha do vendedor em executar suas obrigações não constituiu uma quebra fundamental do contrato, pois os danos concernentes foram facilmente reparáveis. Todavia, desde que o comprador perdeu seu direito, sob o artigo 49(2)(b)(i) da Convenção, a Corte não aceitou suas alegações, e a compensação por danos foi afastada porque o comprador deixou de comprová-las suficientemente (artigo 74 da Convenção).

Art. 66 - Perda ou deterioração da mercadoria após transferência do risco.

A partir da transferência do risco, a perda ou deterioração da mercadoria não desoneram o comprador da obrigação de pagamento do preço. O artigo 66 da Convenção é taxativo:

“A perda ou a deterioração das mercadorias ocorrida após a transferência de risco ao comprador não o libera da obrigação de pagar o preço, salvo se for decorrente de ato ou omissão do vendedor”.

Nesse último caso previsto no art. 66 da Convenção, em que a perda ou deterioração das mercadorias derive de atos ou omissões do vendedor, acham-se incluídos também, além de causas originárias de violações contratuais, aquelas em que o vendedor incorra em responsabilidade extracontratual, em razão da prática de ato ilícito da qual decorra essa perda ou deterioração. Tais hipóteses se situam no campo não do risco propriamente dito, mas sim no dos fatos de responsabilidade geral do vendedor.

Viu-se que a Convenção (arts. 68 e 69) determina em geral que os riscos das mercadorias serão assumidos pelo comprador a partir do momento em que as mesmas tiverem passado para a posse do transportador que houver emitido os documentos referentes ao contrato de transporte, e o contrato de compra e venda implicar também o transporte das mercadorias e o vendedor não estiver obrigado a entregá-las em lugar determinado, ou, na regra geral, o risco se transferirá ao comprador quando este *retirar as mercadorias* ou, se não o fizer no tempo devido, a partir do momento em que as mercadorias forem colocadas à sua disposição.

No artigo 70, a Convenção estabelece que as regras de transferência do risco dos artigos citados anteriormente não afetam os recursos disponíveis ao comprador aos meios de que dispõe para reagir ao vendedor para casos como os de violação fundamental do contrato, com a sanção de optar pela resolução do contrato, ou pela possibilidade de obter a restituição das mercadorias, apresentando-se as condições fáticas e legais adequadas, (condicionada essa possibilidade pelo disposto no art. 82, parágrafo 1).¹

¹ “Artigo 82 – (1) O comprador perderá o direito de declarar resolvido o contrato, ou de exigir do vendedor a entrega de outras mercadorias em substituição àquelas recebidas, se for impossível ao comprador restituir tais mercadorias em estado substancialmente idêntico ao que se encontravam quando foram recebidas.”

Nosso CC dispõe de previsões assemelhadas à da Convenção, e transfere esses riscos quanto à mercadoria no Capítulo I, do Título VI, que trata da Compra e Venda, para o momento da tradição da coisa, considerando-a, como aquele em que se dá a transferência do risco. Isto ele faz através dos artigos 492 e 502, dispondo que até a tradição da coisa os riscos da mesma correm por conta do vendedor, acrescentando no artigo 502 que isto ocorre, salvo convenção em contrário, respondendo o vendedor, até aquela ocasião, pelos débitos que gravem a coisa.

Nosso CC estipula que *deterioração* é a perda parcial do bem. "Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu" (art. 235). "Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso indenização das perdas e danos" (art. 236). Caso haja deterioração, com culpa ou sem, a resolução é a mesma do perecimento. A única diferença é que pode o credor escolher por receber o objeto tendo abatido do preço o valor estimado da deterioração.

Na verdade, em ambos os casos, tanto nos da Convenção quanto naqueles a que se chegaria pela aplicação das disposições de nosso CC, tais dispositivos devem ser aplicados com a necessária adaptação aos INCOTERMS que sejam utilizados nas operações, quando as partes poderão escolher outros marcos como determinadores das transferências de responsabilidade entre as partes, para os vários efeitos previstos em tais normas.

Não é demais lembrar, como referimos em nosso livro sobre Contratos Comerciais Internacionais neste sentido¹, que o contrato internacional, para efeitos de estruturais e de interpretação, deve ser entendido “como uma unidade orgânica, no conjunto de suas cláusulas e condições, a serem interpretadas umas pelas outras, sistema a que o Código Civil italiano, em seu art. 1.363, denominou “interpretazione complessiva delle clausole”.

Artigo 71 - Violação antecipada do contrato com prestações sucessivas.

Dispõe o artigo 71 da Convenção no seu último Capítulo, relativo à regulamentação do Contrato de compra e venda, que: (1) Uma parte poderá suspender o cumprimento de suas obrigações se, após a conclusão do contrato, tornar-se evidente que a outra parte não cumprirá parcela substancial de suas obrigações, devido: (a) a grave insuficiência em sua capacidade de cumpri-las, ou em sua solvência; ou (b) à maneira como se dispõe a cumprir ou como cumpre o contrato.

Nos comentários de Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel Moura Ramos ² trata-se, nesta parte, de um caso especial da *exceptio non adimpleti contractus*³, figura esta também admitida em outras partes da Convenção, e existente no artigo 429 do Código Civil português, que estabelece a possibilidade da parte recusar antecipadamente o cumprimento do contrato, ante a evidência de que a outra parte não cumprirá ou não dará garantias de que poderá cumprir o contrato, posteriormente, se verificar a sua insolvência (ainda que não judicialmente declarada) ou se, por causa imputável ao

¹ GARCEZ, José Maria Rossani – “Contratos Internacionais Comerciais” – Editora Saraiva – São Paulo – 1994, pág. 7

² Obra cit. p. 187-188.

³ Em nosso CC prevista no artigo 476 nos seguintes termos: “Nos contratos bilaterais nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

devedor, diminuïrem as garantias prometidas, condições que os autores reputam existente de forma latente no texto, embora não explicitada na Convenção.

No artigo 72 prevê a Convenção que:

“ (1) Se antes da data do adimplemento tornar-se evidente que uma das partes incorrerá em violação essencial do contrato, poderá a outra parte declarar a rescisão deste. (2) Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a rescisão do contrato deverá comunicá-la à outra parte com antecedência razoável, para que esta possa oferecer garantias suficientes de que cumprirá suas obrigações. (3) Os requisitos do parágrafo anterior não serão aplicáveis quando a outra parte houver declarado que não cumprirá suas obrigações”.

O sistema previsto nos parágrafos 2 e 3 combinados do artigo 72, acima, permitem às partes tentar chegar a um compromisso para e prevenir a rescisão do contrato e garantir, em suma, a sua continuidade.

A Convenção prevê no artigo 73 um regime especial para a resolução dos contratos que estabelecerem entregas sucessivas quando do descumprimento a qualquer delas. Esta violação essencial do contrato dará direito à outra parte de declarar rescindido o contrato quanto a essa entrega (1), e, se o descumprimento da parte relacionado a qualquer das entregas der à outra parte motivos fundados para que ela infira que haverá violação essencial do contrato em relação à futuras entregas, poderá declarar rescindido o contrato com relação ao futuro, desde que o faça dentro de um prazo razoável (2). O

comprador que declarar resolvido o contrato com relação a qualquer entrega poderá, simultaneamente, declará-lo resolvido com relação a entregas já efetuadas ou a entregas futuras, se, em razão de sua interdependência, tais entregas não puderem se destinar aos fins previstos pelas partes no momento da conclusão do contrato (3).

Artigos 74 a 77 - Perdas e danos.

Nos artigos 74 a 77 da Convenção se encontram dispositivos relativos às perdas e danos a serem calculadas.

Desde logo, o artigo 74 define o âmbito da obrigação de indenizar que deverá ser equivalentes ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes em consequência do descumprimento, não podendo esta indenização, porém, exceder a perda que a parte inadimplida tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato levando em consideração os fatos que deveria então ter conhecimento como resultantes do possível descumprimento do contrato.

Uma sentença arbitral da CIETAC¹, de nº 862 trata também da aplicação do artigo 74 da Convenção. Ainda outra sentença arbitral administrada, igualmente, pela CIETAC, de nº 865² refere-se à razoabilidade da referida indenização, como citada no artigo 74 da Convenção. Tratou ela de caso em que o comprador, uma empresa alemã, assinou contrato com o vendedor, uma empresa da China, de exportação e importação, para a compra de aparas de eletrodos de grafite.

¹ Case Law on UNCITRAL texts – Case n. 862 – <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970723cl.html>.

² [HTTP://cisgw3.law.pace.edu/cases/970602cl.html](http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970602cl.html).

Foi confirmado através de dois certificados de inspeção, que as mercadorias entregues pelo vendedor eram defeituosas. O comprador apresentou objeções quanto à qualidade das mercadorias, mas estas foram ignoradas pelo vendedor. O comprador teve de vender a mercadoria a um preço menor do que tinha comprado e iniciou o procedimento arbitral, requerendo indenização e outros custos incorridos.

De acordo com o artigo 74 da Convenção de Viena, o Tribunal Arbitral decidiu que a diferença de preço reclamada pelo comprador era razoável. O tribunal observou, ainda, que de acordo com o artigo 77 da Convenção, o comprador tinha a obrigação de mitigar os prejuízos e que havia cumprido com essa obrigação.

O comprador também reclamou a perda de prêmio do seguro, perda das tarifas e custos de importação, das custas das inspeções e o valor adicional de tributos pagos na Itália. O Tribunal Arbitral não reconheceu essas despesas, e, alegando que o contrato fora integralmente executado, o comprador deveria dar como perdidos esses custos. Que seriam custos comuns a transações de negócios não uma consequência da quebra do contrato pelo vendedor.

Com respeito a juros do montante julgado, o Tribunal não concedeu a taxa requerida pelo comprador, porque o mesmo não teria apresentado evidência do suporte desse requerimento. O Tribunal Arbitral decidiu, neste particular, que o percentual de 8% ao ano a título de juros era razoável em termos de prática de negócios nessas operações.

Diz o artigo 75 que se o contrato for rescindido e se, em modo e prazo *razoáveis* após a rescisão, o comprador proceder a uma compra substitutiva ou o vendedor a uma venda substitutiva, a parte que exigir a indenização poderá obter a diferença entre o preço do contrato e o preço estipulado na operação

substitutiva, assim como quaisquer outras perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74.

Está disposto no artigo 76 que (1) Se o contrato for rescindido e as mercadorias tiverem preço corrente, a parte que exigir a indenização das perdas e danos poderá, se não houver procedido à compra substitutiva ou à venda substitutiva previstas no artigo 75, obter a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da resolução, bem como quaisquer outras perdas e danos exigíveis em razão do artigo 74. Não obstante, se a parte que exigir a indenização houver resolvido o contrato após ter tomado posse das mercadorias, aplicar-se-á o preço corrente no momento de tomada de posse, em lugar do preço corrente no momento da rescisão. (2) Para os fins do parágrafo anterior, o preço corrente será aquele do lugar onde a entrega das mercadorias deveria ter sido efetuada ou, na falta de preço corrente nesse lugar, o preço praticado em outra praça que puder razoavelmente substituí-lo, levando-se em consideração as diferenças no custo de transporte das mercadorias.

A parte que invocar o inadimplemento do contrato (artigo 77) deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

As principais dificuldades que as soluções da Convenção podem trazer neste particular, são quanto à prova das circunstâncias para sua aplicação. A Convenção, nada diz sobre esta questão e assim, como sempre, podemos hesitar entre a aplicação de uma solução uniforme ou ao reenvio à lei nacional que a ela se aplique, pela regra de conflito.

Não obstante, o princípio de que ao autor incumbe o ônus da prova (*actori incumbi probatio*), de aplicação, em princípio, muito difundido em direito comparado, não deverá mostrar-se tão útil em divergências sensíveis, que em sua maior frequência ocorrerão quando as partes optarem por uma operação de substituição, como prevê a Convenção. Nesses casos, ainda que ela possa ser evocada pelo credor, para dar suporte a seu requerimento de indenização, como poderá o credor estabelecer, por vezes, a realidade e as condições? E incumbirá ao devedor fazer a prova que esses valores trarão vantagens para seus co-contratantes, se ele pretender que essas condições não são “razoáveis” (pois a Convenção prevê que a parte que invocar o inadimplemento do contrato (artigo 77) deve tomar as medidas “razoáveis”, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes ou, caso não o faça, a outra parte pode pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

No caso inverso, pode uma operação de substituição ser invocada pelo devedor, que conteste a avaliação feita pelo credor de seus “prejuízos de base”, havendo em um caso similar sido admitido numa ação judicial na Alemanha, citado nos comentários de Heuzé (obra cit. pág. 410), em que a decisão foi a de que caberia ao devedor, então, incumbir-se da prova da operação alegada.

Art. 81 - Efeitos da resolução do contrato.

Dentre os meios colocados à disposição das partes no caso de violação de seus direitos a Convenção situa, em particular, o de declarar a resolução do contrato. E o faz de modo tão peremptório e lhe dá tanta importância que, além de ficar prevista tal iniciativa nos Capítulos relativos às Obrigações do Vendedor e do Comprador a insere na Seção V, no artigo 81, com um regime próprio quanto aos seus efeitos:

Seção V - Efeitos da rescisão. Artigo 81 - (1) A rescisão do contrato liberará ambas as partes de suas obrigações, salvo a de indenizar as perdas e danos que possam ser devidas. Todavia, a rescisão não prejudicará as disposições contratuais a respeito da solução de controvérsias, nem qualquer outra estipulação do contrato que regule os direitos e obrigações das partes em caso de rescisão. (2) A parte que tiver cumprido total ou parcialmente o contrato poderá reclamar da outra parte a restituição daquilo que houver fornecido ou pago nos termos do contrato. Se ambas as partes estiverem obrigadas a restituir, deverão fazê-lo simultaneamente.

Pela resolução dos contratos, conforme o artigo 81(1), as partes ficam liberadas de suas obrigações. Mas o artigo em questão tem o cuidado de estabelecer que a resolução, por um lado, não prejudica as indenizações por perdas e danos que couberem e, por outro, não afeta as estipulações contratuais que se dirigem ou à solução dos conflitos ou à fixação dos direitos e obrigações das partes em caso de resolução. Daqui ressalta, comentam Maria Ângela Bento Soares e Rui Manuel de Moura Ramos¹ que “o legislador pretendeu apenas ligar à resolução do contrato o *terminus* das obrigações que em boa verdade decorrem tipicamente da categoria contratual considerada (aqui, a compra e venda). Pretendeu, pois, liberar as partes de todas estas obrigações, mas só delas. Deixa-se assim intocado, desde logo, qualquer direito de indenização porventura existente – o que bem se compreende por

¹ Obra cit. pág. 225.

este não provir, a bem dizer, propriamente do contrato, mas de uma sua inexecução”.

Em comentários, o Prof. Dr. Peter Schlechtriën, da Alemanha¹ confirma que a rescisão ou a declaração de resolução do contrato libera as partes quanto a suas obrigações como previsto no artigo 81(1), mas, diz ele, “uma rescisão apenas “redireciona” as obrigações principais do contrato, ela não anula o contrato *ab initio*. Sob o artigo 81, os requerimentos de indenização por quebra do contrato, mecanismos de solução de conflitos (cláusulas de arbitragem) liquidação de indenizações e cláusulas penais, etc.. não são afetadas pela rescisão (Artigo 81, sentença 2)”²

CONCLUSÃO

Pesquisas têm demonstrado a aceitação crescente da Convenção, o que pode ser justificado pela segurança e estabilidade que ela oferece. A unificação das normas substantivas torna desnecessário o recurso ao sistema de conflito de leis com o intuito de verificar o Direito aplicável, o que evita que as partes se subordinem à aplicação de um Direito desconhecido ou menos favorável. O exemplo do Japão, que aderiu à Convenção apenas em 2007 é sintomático: naquele ano, a agenda legislativa do Japão estava mais desafogada e o número de Estados partes na Convenção havia dobrado, muito se havia escrito sobre a Convenção e milhares de decisões haviam sido tomadas com base nela, o que aumentou consideravelmente o nível de previsibilidade da mesma, cuja falta era um dos receios do Japão, aumentando, assim, o interesse do Japão, que a ela acabou aderindo.

¹ Excerto de “Uniform Sales Law - UN - Convention on Contracts for the International Sale of Goods” publicado por e sob permissão de Manz - Alemanha - disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriën-81.html>”.

² An effective avoidance of the contract releases both parties from their obligations (Article 81(1) sentence 1) and obligates the parties to make restitution of whatever has been supplied or paid under the contract (Article 81(2) sentence 1). An avoidance only “redirects” the main obligations of the contract; it does not void the contract *ab initio*. Under Article 81, damage claims for breach, dispute-settlement mechanisms (arbitration clauses), liquidated damages and penalty clauses, etc., are not affected by an avoidance (Article 81 sentence 2).

Em termos de fluxo, 75% do comércio internacional brasileiro (exportações e importações) se dá com países signatários da Convenção, o que inclui Estados Unidos, China, União Européia e sócios do MERCOSUL. No total, dos 77 países que já aderiram à convenção em relação ao Brasil, 90% respondem por mais da metade do comércio mundial e correspondem aos principais parceiros comerciais do país.

A aplicação da Convenção, que, diga-se, feita para estar em sintonia com países da *civil law* e da *common law*, não discrepa com a legislação constitucional ou infraconstitucional brasileira.

Outra vantagem inegável é a característica em sua adoção pelos Estados como uma lei uniforme, vertida para seus idiomas, ajudando na superação de dificuldades decorrentes das barreiras culturais e lingüísticas entre os contratantes, além de reduzir custos jurídicos, diante da certeza da regra aplicável ao contrato e da facilidade de resolução do eventual conflito. Assim, o empresário exportador brasileiro, para vender seu produto em um país signatário da Convenção, poderá consultar as regras locais em português, sem a preocupação de conhecer a legislação estrangeira, que será exatamente a sua, seja em Mandarim, Espanhol ou Inglês. A Convenção de Viena disciplina, ainda, a formação de contratos, tanto presenciais, quanto por fax ou meio eletrônico.

É fundamental também uma das particularidades da Convenção, é a sua construção baseada em princípios e cláusulas abertas, permitindo a sua permanente flexibilização reduzindo o imobilismo característico dos textos reguladores.

O fato de ser a Convenção flexível ou permissiva em relação à escolha da legislação regente dos contratos internacionais pelas partes representa uma visão menos formalista e moderna, como defendemos em artigo apresentado ao Instituto dos Advogados Brasileiros, apontando a ortodoxia que alguns vêem no art. 9º da LICC como anacrônica e tendente a ser revisada

formalmente, ao dispor, na contramão da doutrina e tendência mundiais, no sentido da aplicação estrita do princípio da "lex loci contractus", quando dessa forma imperativa se interpreta o "caput" desse artigo, que dispõe que "para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem".

Pelas razões expostas, meu objetivo neste Parecer é a de recomendar com segurança e entusiasmo a ratificação da Convenção de Viena de 1980 pelo Congresso Nacional, trazendo a matéria para discussão no âmbito do IAB, chamando nossa atenção para a necessária inclusão do Brasil aos países que a ela aderiram e a ratificaram, incluindo-se na esfera de modernidade a que todos aspiramos.

Por fim, ao indagarmos quais são as vantagens de uma lei uniforme como a da Convenção de Viena de 1980 para países como o Brasil, interessados em fazer crescer sua participação no comércio mundial, o site da CISG Brasil assim responde, desde logo:

□ **Previsibilidade e segurança jurídica:** a adoção de um mesmo diploma jurídico pelos países envolvidos no comércio internacional, sem nenhum prejuízo à sua soberania e sem nenhuma modificação aos direitos domésticos, é um fator importante para tornar as relações entre seus agentes econômicos (compradores e vendedores) muito mais previsíveis. Além disso, como a CISG é um instrumento de *hard law*, a segurança jurídica é garantida através de sanções efetivas que podem ser aplicadas de pleno direito, tanto por tribunais arbitrais internacionais constituídos segundo a vontade das partes, quanto por cortes estatais de justiça comum.

□ **Quebra de barreiras culturais:** devido ao grande esforço de uniformização que regeu os trabalhos da Conferência de Viena de 1980, a CISG é uma Convenção que não privilegia nenhum sistema jurídico, nem interesses particulares de países sejam de um continente ou de

outro, sejam desenvolvidos ou em desenvolvimento. É possível dizer que os aplicadores do Direito de qualquer país passaram ou passam pela necessidade se adaptar às suas disposições, que têm um sentido próprio e reclamam uma interpretação autônoma, distinta daquelas que os direitos nacionais conferem a institutos assemelhados. Em outras palavras, a CISG é um instrumento legitimamente internacional e de vocação universalista para reger as transações de compra e venda no comércio internacional.

□ **Menor custo de transação:** é claro que, uma vez estando os profissionais do direito dos mais diferentes países envolvidos no comércio internacional capacitados para aplicar a Convenção de Viena de 1980, e sendo menos frequente o recurso aos direitos nacionais, diminui a necessidade de contratação de especialistas no direito de outro país, o que traz mais eficiência às transações mercantis internacionais.

ANEXO

CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

© tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael

Bem vindo ao www.cisg-brasil.net

Site brasileiro da Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)

Pertencente à Rede Autônoma de Websites da CISG

Dados da publicação

Nome do texto: **Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**

Autores: **Eduardo Grebler e Gisely Radael**

Data da publicação neste *website*: 16/12/2009

Informações adicionais: reproduzido com permissão dos autores.

Texto: vide abaixo

OS ESTADOS PARTES NA PRESENTE CONVENÇÃO,

Tendo em conta os objetivos gerais inscritos nas resoluções relativas à instauração de uma nova ordem econômica internacional adotadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas em sua sexta sessão extraordinária;

Considerando que o desenvolvimento do comércio internacional com base na igualdade e em vantagens mútuas constitui elemento importante na promoção de relações de amizade entre os Estados;

Estimando que a adoção de regras uniformes para reger os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, que contemplem os diferentes sistemas sociais, econômicos e jurídicos, contribuirá para a eliminação de obstáculos jurídicos às trocas internacionais e promoverá o desenvolvimento do comércio internacional.

ACORDAM no seguinte:

PARTE I - CAMPO DE APLICAÇÃO E DISPOSIÇÕES GERAIS
CAPÍTULO I - CAMPO DE APLICAÇÃO

Artigo 1

(1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos:

(a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou

(b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.

(2) Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tratativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento de conclusão do contrato.

(3) Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato.

Artigo 2

Esta Convenção não se aplicará às vendas:

(a) de mercadorias adquiridas para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal uso;

(b) em hasta pública;

(c) em execução judicial;

(d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda;

(e) de navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves;

(f) de eletricidade.

Artigo 3

(1) Serão considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, salvo se a

parte que as encomendar tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção.

(2) Não se aplica esta Convenção a contratos em que a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consistir no fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços.

Artigo 4

Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e

obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, especialmente:

(a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade de qualquer uso ou costume;

(b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.

Artigo 5

A presente Convenção não se aplica à responsabilidade do vendedor por morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias a qualquer pessoa.

Artigo 6

As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12.

CAPITULO II - DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 7

(1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

(2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

Artigo 8

(1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la.

(2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte.

(3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.

Artigo 9

(1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si.

(2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento.

Artigo 10

Para os fins da presente Convenção:

(a) quando uma parte tiver mais de um estabelecimento comercial, será considerado como tal aquele que tiver relação mais estreita com o contrato e com sua execução, tendo em vista as circunstâncias conhecidas pelas partes ou por elas consideradas antes ou no momento da conclusão do contrato;

(b) se uma parte não tiver estabelecimento comercial, considerar-se-á sua residência habitual.

Artigo 11

O contrato de compra e venda não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma. Poderá ele ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas.

Artigo 12

Não se aplicará qualquer das disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II desta Convenção, que permita a celebração, alteração ou rescisão do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer manifestação de intenção, por outra forma que não a escrita, quando uma das partes tiver seu estabelecimento comercial em Estado Contratante que tenha feito a declaração prevista no artigo 96 desta Convenção. As partes não poderão derogar nem modificar o efeito do presente artigo.

Artigo 13

Para os fins desta Convenção, o termo "escrito" abrange o telegrama e o telex.

PARTE II - FORMAÇÃO DO CONTRATO**Artigo 14**

(1) Para que possa constituir uma proposta, a oferta de contrato feita a pessoa ou pessoas determinadas deve ser suficientemente precisa e indicar a intenção do proponente de obrigar-se em caso de aceitação. A oferta é considerada

suficientemente precisa quando designa as mercadorias e, expressa ou implicitamente, fixa a quantidade e o preço, ou prevê meio para determiná-los.

(2) A oferta dirigida a pessoas indeterminadas será considerada apenas um convite para apresentação de propostas, salvo se o autor da oferta houver indicado claramente o contrário.

Artigo 15

(1) A proposta se torna eficaz quando chega ao destinatário.

(2) Ainda que seja irrevogável, a proposta pode ser retirada, desde que a retratação chegue ao destinatário antes da própria proposta, ou simultaneamente a ela.

Artigo 16

(1) A proposta poderá ser revogada até o momento da conclusão do contrato, se a revogação chegar ao destinatário antes de este expedir a aceitação.

(2) A proposta não poderá, porém, ser revogada:

(a) se fixar prazo para aceitação, ou por outro modo indicar que seja ela irrevogável;

(b) se for razoável que o destinatário a considerasse irrevogável e tiver ele agido em confiança na proposta recebida.

Artigo 17

Mesmo sendo irrevogável, a proposta de contrato extinguir-se-á no momento em que chegar ao proponente a recusa respectiva.

Artigo 18

(1) Constituirá aceitação a declaração, ou outra conduta do destinatário, manifestando seu consentimento à proposta. O silêncio ou a inércia deste, por si só, não importa aceitação.

(2) Tornar-se-á eficaz a aceitação da proposta no momento em que chegar ao proponente a manifestação de consentimento do destinatário. A aceitação não produzirá efeito, entretanto, se a respectiva manifestação não chegar ao proponente dentro do prazo por ele estipulado ou, à falta de tal estipulação, dentro de um prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias da transação, especialmente a velocidade dos meios de comunicação utilizados pelo proponente. A aceitação da proposta verbal deve ser imediata, salvo se de outro modo as circunstâncias indicarem.

(3) Se, todavia, em decorrência da proposta, ou de práticas estabelecidas entre as partes, ou ainda dos usos e costumes, o destinatário da proposta puder manifestar seu consentimento através da prática de ato relacionado, por exemplo, com a remessa das mercadorias ou com o pagamento do preço, ainda que sem comunicação ao proponente, a aceitação produzirá efeitos no momento em que esse ato for praticado, desde que observados os prazos previstos no parágrafo anterior.

Artigo 19

(1) A resposta que, embora pretendendo constituir aceitação da proposta, contiver aditamentos, limitações ou outras modificações, representará recusa da proposta, constituindo contraproposta.

(2) Se, todavia, a resposta que pretender constituir aceitação contiver elementos complementares ou diferentes mas que não alterem substancialmente as condições da proposta, tal resposta constituirá aceitação, salvo se o proponente, sem demora injustificada, objetar verbalmente às diferenças ou envie uma comunicação a respeito delas. Não o fazendo, as condições do contrato serão as constantes da proposta, com as modificações contidas na aceitação.

(3) Serão consideradas alterações substanciais das condições da proposta, entre outras, as adições ou diferenças relacionadas ao preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade de uma das partes perante a outra ou o meio de solução de controvérsias.

Artigo 20

(1) O prazo de aceitação fixado pelo proponente em telegrama ou carta começará a fluir no momento em que o telegrama for entregue para expedição, ou na data constante da carta, ou, à falta desta, na data que constar do envelope. O prazo de aceitação que o proponente fixar por telefone, telex ou outro meio de comunicação instantâneo começará a fluir no momento em que a proposta chegar ao destinatário.

(2) Serão considerados na contagem de prazo os feriados oficiais ou os dias não úteis nele compreendidos. Todavia, caso a comunicação de aceitação não possa ser entregue no endereço do autor da proposta no último dia do prazo, por ser feriado ou dia não útil no local do estabelecimento comercial do proponente, o prazo considerar-se-á prorrogado até o primeiro dia útil subsequente.

Artigo 21

(1) A aceitação tardia produzirá efeito de aceitação caso o proponente, sem demora, informe verbalmente ou envie comunicação neste sentido ao destinatário.

(2) Se a carta ou outra comunicação escrita contendo aceitação tardia revelar ter sido expedida em condições tais que chegaria a tempo ao proponente caso a transmissão fosse regular, a manifestação tardia produzirá efeito de aceitação, salvo se o proponente, sem demora, informar ao destinatário que considera expirada sua proposta, ou enviar comunicação para este efeito.

Artigo 22

A aceitação poderá ser retirada desde que a retratação chegue ao proponente antes ou no momento em que a aceitação se tornaria eficaz.

Artigo 23

Considerar-se-á concluído o contrato no momento em que a aceitação da proposta se tornar eficaz, de acordo com as disposições desta Convenção.

Artigo 24

Para os fins desta Parte da Convenção, se considerará que a proposta, a manifestação de aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção “chega” ao destinatário quando for efetuada verbalmente, ou for entregue pessoalmente por qualquer outro meio, no seu estabelecimento comercial, endereço postal, ou, na falta destes, na sua residência habitual.

PARTE III - COMPRA E VENDA DE MERCADORIAS**CAPITULO I - DISPOSIÇÕES GERAIS****Artigo 25**

A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado.

Artigo 26

A declaração de resolução do contrato tornar-se-á eficaz somente quando notificada por uma parte à outra.

Artigo 27

Salvo disposição expressa em contrário nesta Parte da Convenção, se qualquer notificação, pedido ou outra comunicação for feita por uma das partes de

conformidade com esta Parte da Convenção, por meios adequados às circunstâncias, o atraso ou erro na transmissão de ou o fato de não ter chegado a seu destino não prejudicará o direito desta parte de valer-se da referida comunicação.

Artigo 28

Se, de conformidade com as disposições da presente Convenção, uma das partes tiver o direito de exigir da outra o cumprimento de certa obrigação, o juiz não estará obrigado a ordenar sua execução específica salvo se devesse fazê-lo segundo seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes não regidos pela presente Convenção.

Artigo 29

(1) O contrato poderá ser modificado ou resilido por simples acordo entre as partes.

(2) O contrato escrito que contenha disposição prevendo que qualquer modificação ou rescisão somente se possa fazer por escrito não poderá ser modificado ou resilido por outra forma. Todavia, uma parte poderá ser impedida por sua própria conduta de invocar esta disposição, na medida em que a outra parte tiver confiado nessa conduta.

CAPÍTULO II - OBRIGAÇÕES DO VENDEDOR

Artigo 30

O vendedor estará obrigado, nas condições previstas no contrato e na presente Convenção, a entregar as mercadorias, a transmitir a propriedade sobre elas e, sendo o caso, a remeter os respectivos documentos.

Seção I - Entrega das mercadorias e remessa dos documentos

Artigo 31

Se o vendedor não estiver obrigado a entregar as mercadorias em determinado lugar, sua obrigação de entrega consistirá em:

(a) remeter as mercadorias ao primeiro transportador para traslado ao comprador, quando o contrato de compra e venda implicar também o transporte das mercadorias;

(b) fora dos casos previstos na alínea anterior, colocar as mercadorias à disposição do comprador no lugar em que se encontrarem, quando o contrato se referir a mercadorias específicas ou a mercadorias não identificadas que devam ser retiradas de um conjunto determinado ou devam ser fabricadas ou produzidas, e, no momento da conclusão do contrato, as partes souberem que as mercadorias se encontram, devem ser fabricadas ou produzidas em lugar determinado;

c) pôr as mercadorias à disposição do comprador no lugar do estabelecimento comercial do vendedor no momento de conclusão do contrato, nos demais casos.

Artigo 32

(1) Se o vendedor, de conformidade com o contrato ou com a presente Convenção, remeter as mercadorias a um transportador sem que estas estejam claramente marcadas para os efeitos do contrato, mediante sinais de identificação, por documentos de expedição ou por qualquer outro meio, o vendedor deverá dar ao comprador aviso de expedição em que sejam especificadas as mercadorias.

(2) Se o vendedor estiver obrigado a providenciar o transporte das mercadorias, deverá celebrar os contratos necessários para que tal transporte seja efetuado até o lugar previsto, por meios adequados às circunstâncias e nas condições usuais para tanto.

(3) Se não estiver obrigado a contratar o seguro de transporte, o vendedor deverá fornecer ao comprador, a pedido deste, toda informação disponível que for necessária para a contratação de tal seguro.

Artigo 33

O vendedor deverá entregar as mercadorias:

- (a) na data que houver sido fixada ou possa ser determinada de acordo com o contrato;
- (b) em qualquer momento durante o prazo que houver sido fixado ou que possa ser determinado de acordo com o contrato, salvo se das circunstâncias resultar que caiba ao comprador a escolha da data; ou
- (c) em qualquer outro caso, dentro de um prazo razoável a partir da conclusão do contrato.

Artigo 34

Se o vendedor estiver obrigado a remeter os documentos relativos às mercadorias, deverá entregá-los no momento, no lugar e na forma previstos no contrato. Em caso de remessa antecipada de documentos o vendedor poderá, até o momento fixado para a remessa das mercadorias, sanar qualquer desconformidade nos documentos, desde que não ocasione ao comprador inconvenientes ou despesas excessivas. Não obstante, o comprador

mantém o direito do exigir indenização por perdas e danos, de acordo com a presente Convenção.

Seção II - Conformidade das mercadorias e reclamações de terceiros

Artigo 35

(1) O vendedor deverá entregar mercadorias na quantidade, qualidade e tipo previstos no contrato, acondicionadas ou embaladas na forma nele estabelecida.

(2) Salvo se as partes houverem acordado de outro modo, as mercadorias não serão consideradas conformes ao contrato salvo se:

(a) forem adequadas ao uso para o qual mercadorias do mesmo tipo normalmente se destinam;

(b) forem adequadas a algum uso especial que, expressa ou implicitamente, tenha sido informado ao vendedor no momento da conclusão do contrato, salvo se das circunstâncias resultar que o comprador não confiou na competência e julgamento do vendedor, ou que não era razoável fazê-lo;

(c) possuírem as qualidades das amostras ou modelos de mercadorias que o vendedor tiver apresentado ao comprador;

(d) estiverem embaladas ou acondicionadas na forma habitual para tais mercadorias ou, à falta desta, de modo apropriado à sua conservação e proteção.

(3) O vendedor não será responsável por qualquer desconformidade das mercadorias em virtude do disposto nas alíneas (a) a (d) do parágrafo

anterior, se, no momento da conclusão do contrato, o comprador sabia ou não podia ignorar tal desconformidade.

Artigo 36

(1) O vendedor será responsável, de acordo com o contrato e com a presente Convenção, por qualquer desconformidade que existir no momento da transferência do risco ao comprador, ainda que esta desconformidade só venha a se evidenciar posteriormente.

(2) O vendedor será igualmente responsável por qualquer desconformidade que ocorrer após o momento referido no parágrafo anterior, que seja imputável ao descumprimento de qualquer de suas obrigações, inclusive quanto à garantia de que, durante certo período, as mercadorias permanecerão adequadas a seu uso normal ou a determinado uso especial, ou que conservarão as qualidades ou características especificadas.

Artigo 37

Em caso de entrega das mercadorias antes da data prevista para a entrega, o vendedor poderá, até tal data, entregar a parte faltante ou completar a quantidade das mercadorias entregues, ou entregar outras mercadorias em substituição àquelas desconformes ao contrato ou, ainda, sanar qualquer desconformidade das mercadorias entregues, desde que não ocasione ao comprador inconvenientes nem despesas excessivas. Contudo, o comprador mantém o direito de exigir indenização por perdas e danos, de conformidade com a presente Convenção.

Artigo 38

(1) O comprador deverá inspecionar as mercadorias ou fazê-las inspecionar no prazo mais breve possível em vista das circunstâncias.

(2) Se o contrato envolver o transporte das mercadorias, a inspeção poderá ser adiada até a chegada delas a seu destino.

(3) Se o comprador alterar o destino das mercadorias em trânsito, ou as reexpedir sem ter tido oportunidade razoável de inspecioná-las, e no momento da conclusão do contrato o vendedor tenha tido ou devesse ter conhecimento da possibilidade de alteração de destino ou de reexpedição, a inspeção poderá ser adiada até a chegada das mercadorias a seu novo destino.

Artigo 39

(1) O comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor, precisando sua natureza, em prazo razoável a partir do momento em que a constatar, ou em que deveria tê-la constatado.

(2) Em qualquer caso, o comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor no prazo máximo de dois anos a partir da data em que as mercadorias efetivamente passarem à sua posse, salvo se tal prazo for incompatível com a duração da garantia contratual.

Artigo 40

O vendedor não poderá invocar as disposições dos artigos 38 e 39 se a desconformidade referir-se a fatos dos quais sabia, ou que não podia ignorar, e que não tenham sido revelados ao comprador.

Artigo 41

O vendedor deverá entregar as mercadorias livres de qualquer direito ou reivindicação de terceiros, salvo se o comprador tiver concordado em aceitá-las sujeitas a tal direito ou reivindicação. Todavia, se o referido direito ou reivindicação se basear em propriedade industrial ou em outro direito de propriedade intelectual, a obrigação do vendedor se regerá pelo artigo 42.

Artigo 42

(1) O vendedor deverá entregar as mercadorias livres de quaisquer direito ou reivindicação de terceiros com base em propriedade industrial ou em outro direito de propriedade intelectual do qual, no momento da conclusão do contrato, o vendedor souber ou não puder ignorar, desde que tal direito ou reivindicação tenha por fundamento propriedade industrial ou outro direito de propriedade intelectual:

(a) decorrente da lei do Estado em que as mercadorias devam ser revendidas ou de outra forma utilizadas se, no momento da conclusão do contrato, as partes houverem previsto que as mercadorias seriam revendidas ou de outra forma utilizadas nesse Estado, ou

(b) em qualquer outro caso, decorrente da lei do Estado em que o comprador tiver seu estabelecimento comercial.

(2) O vendedor não estará sujeito à obrigação prevista no parágrafo anterior se:

(a) no momento da conclusão do contrato o comprador tinha conhecimento ou não pudesse ignorar a existência do direito ou da reivindicação, ou (b) o direito ou a reivindicação resultar de o vendedor ter se ajustado a plantas, desenhos, formulas ou outras especificações técnicas fornecidas pelo comprador.

Artigo 43

(1) O comprador perderá o direito de invocar as disposições dos artigos 41 ou 42 se não comunicar ao vendedor o direito ou a reivindicação do terceiro, especificando sua natureza, dentro de um prazo razoável a partir do momento em que tiver ou dever ter conhecimento deles.

(2) O vendedor não poderá invocar o disposto no parágrafo anterior, se sabia do direito ou reivindicação do terceiro e de sua natureza.

Artigo 44

Sem prejuízo do disposto no parágrafo (1) do artigo 39 e no parágrafo (1) do artigo 43, o comprador poderá reduzir o preço, conforme o artigo 50, ou exigir a indenização das perdas e danos, excluídos os lucros cessantes, se puder apresentar justificativa razoável por não ter efetuado a necessária comunicação.

Seção III - Direitos e ações do comprador em caso de violação do contrato pelo vendedor

Artigo 45

(1) Se o vendedor não cumprir qualquer das obrigações que lhe couberem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o comprador poderá:

- (a) exercer os direitos previstos nos artigos 46 a 52;
- (b) exigir a indenização das perdas e danos prevista nos artigos 74 a 77.

(2) O comprador não perde o direito à indenização das perdas e danos por exercer seu direito a outras ações.

(3) Não poderá o juiz ou tribunal arbitral conceder ao vendedor qualquer período de graça, quando o comprador exercer ação contra a violação de contrato.

Artigo 46

(1) O comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência.

(2) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir a entrega de outras mercadorias em substituição, desde que a desconformidade constitua violação essencial do contrato e o pedido de

substituição de mercadorias seja formulado no momento da comunicação da desconformidade a que se refere o artigo 39, ou dentro de um prazo razoável a contar desse momento.

(3) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir do vendedor que as repare para sanar a desconformidade, salvo quando não for isto razoável em vista das circunstâncias. A solicitação de reparação das mercadorias deve ser feita no momento da comunicação a que se refere o artigo 39, ou em prazo razoável a contar desse momento.

Artigo 47

(1) O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações.

(2) Salvo se tiver recebido a comunicação do vendedor de que não cumprirá suas obrigações no prazo fixado conforme o parágrafo anterior, o comprador não poderá exercer qualquer ação por descumprimento do contrato, durante o prazo suplementar. Todavia, o comprador não perderá, por este fato, o direito de exigir indenização das perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento do contrato.

Artigo 48

(1) Sem prejuízo do disposto no artigo 49, o vendedor poderá, mesmo após a data da entrega, sanar por conta própria qualquer descumprimento de suas obrigações, desde que isto não implique demora não razoável nem cause ao comprador inconveniente ou incerteza não razoáveis quanto ao reembolso, pelo vendedor, das despesas feitas pelo comprador. Contudo, o comprador

manterá o direito de exigir indenização das perdas e danos, nos termos da presente Convenção.

(2) Se o vendedor pedir ao comprador que lhe faça saber se aceita o cumprimento, e o comprador não lhe responder em prazo razoável, o vendedor poderá executar suas obrigações no prazo indicado em seu pedido. O comprador não poderá, antes do vencimento desse prazo, exercer qualquer direito ou ação incompatível com o cumprimento, pelo vendedor, das obrigações que a ele incumbem.

(3) Quando o vendedor comunicar ao comprador a intenção de cumprir suas obrigações em prazo determinado, será considerado incluído o pedido, nos termos do parágrafo anterior, para que o comprador lhe faça saber sua decisão.

(4) O pedido ou a comunicação feita pelo vendedor, nos termos dos parágrafos (1) e (2) do presente artigo, não terá efeito se não for recebido pelo comprador.

Artigo 49

(1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido:

(a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou

(b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o parágrafo

(1) do artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido.

(2) Todavia, se o vendedor tiver entregue as mercadorias, o comprador perderá o direito de declarar o contrato rescindido, se não o fizer:

(a) em caso de entrega tardia, em prazo razoável após ter tomado conhecimento de que a entrega foi efetuada;

(b) em caso de outro descumprimento que não a entrega tardia, dentro de prazo razoável:

(i) após o momento em que tiver ou dever ter tido conhecimento da violação;

(ii) após o vencimento do prazo suplementar fixado pelo comprador conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou após o vendedor declarar que não executará suas obrigações no referido prazo suplementar, ou (iii) após o vencimento de qualquer prazo suplementar indicado pelo vendedor conforme o parágrafo (2) do artigo 48, ou após o comprador declarar que não aceitará o cumprimento.

Artigo 50

Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, já tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato. Todavia, se o vendedor sanar qualquer descumprimento de suas obrigações, de acordo com o artigo 37 ou com o artigo 48, ou se o comprador negar-se a aceitar o cumprimento pelo vendedor, de acordo com os mencionados artigos, o comprador não poderá reduzir o preço.

Artigo 51

(1) Se o vendedor entregar somente parte das mercadorias, ou se somente parte das mercadorias entregues estiver de acordo com o contrato, aplicar-se-ão os artigos 46 a 50 no tocante à parte faltante ou desconforme.

(2) O comprador somente poderá declarar resolvido o contrato se a entrega parcial ou a desconformidade constituir violação essencial do contrato.

Artigo 52

(1) Se o vendedor entregar as mercadorias antes da data fixada, o comprador poderá, a seu critério, recebê-las ou não.

(2) Se o vendedor entregar quantidade superior àquela prevista no contrato, o comprador poderá aceitar ou não a entrega da quantidade excedente. Se o comprador aceitar a entrega da totalidade ou de parte da quantidade excedente, deverá pagá-la de acordo com o preço do contrato.

CAPITULO III - OBRIGAÇÕES DO COMPRADOR

Artigo 53

O comprador deverá pagar o preço das mercadorias e recebê-las nas condições estabelecidas no contrato e na presente Convenção.

Seção I - Pagamento do preço

Artigo 54

A obrigação do comprador de pagar o preço compreenderá também tomar as medidas e cumprir os requisitos exigidos pelo contrato ou pelas leis ou regulamentos pertinentes destinadas a permitir o pagamento.

Artigo 55

Se o contrato tiver sido validamente concluído sem que, expressa ou implicitamente, tenha sido nele fixado o preço, ou o modo de determiná-lo, entender-se-á, salvo disposição em contrário, que as partes tenham implicitamente se referido ao preço geralmente cobrado por tais mercadorias no momento da conclusão do contrato, vendidas em circunstâncias semelhantes no mesmo ramo de comércio.

Artigo 56

Se o preço for fixado em função do peso das mercadorias, em caso de dúvida se adotará o peso líquido.

Artigo 57

(1) Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em lugar determinado, deverá pagá-lo:

(a) no estabelecimento comercial do vendedor; ou

(b) no lugar em que se efetuar a entrega, se o pagamento tiver de ser feito contra entrega das mercadorias ou de documentos.

(2) O vendedor deverá arcar com qualquer aumento de despesas relativas ao pagamento que resultar da mudança de seu estabelecimento comercial depois da conclusão do contrato.

Artigo 58

(1) Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em momento determinado, deve pagá-lo quando o vendedor colocar à sua disposição as mercadorias ou os documentos que as representarem, de acordo com o contrato ou com a presente Convenção. O vendedor poderá considerar o pagamento como condição para a entrega das mercadorias ou dos documentos.

(2) Se o contrato envolver transporte das mercadorias, o vendedor poderá expedi-las com a condição de que as mercadorias ou os documentos que as representarem só sejam entregues ao comprador contra o pagamento do preço.

(3) O comprador não estará obrigado a pagar o preço antes de ter tido a possibilidade de inspecionar as mercadorias, salvo se as modalidades de entrega ou de pagamento ajustadas pelas partes forem incompatíveis com essa possibilidade.

Artigo 59

O comprador deverá pagar o preço na data fixada ou que puder ser determinada nos termos do contrato e da presente Convenção, sem necessidade de qualquer solicitação ou outra formalidade por parte do vendedor.

Seção II - Recebimento

Artigo 60

A obrigação do comprador de proceder ao recebimento consistirá em:

- (a) praticar todos os atos razoavelmente esperados para que o vendedor possa efetuar a entrega; e
- b) tomar posse das mercadorias.

Seção III - Ações do vendedor em caso de violação do contrato pelo comprador

Artigo 61

(1) Se o comprador não cumprir qualquer das obrigações que lhe incumbirem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o vendedor poderá:

- (a) exercer os direitos previstos nos artigos 62 a 65;
- (b) exigir a indenização das perdas e danos previstos nos artigos 74 a 77.

(2) O vendedor não perde o direito à indenização das perdas e danos por exercer o direito a outras ações.

(3) Não poderá o juiz ou tribunal arbitral conceder ao comprador qualquer período de graça, quando o vendedor exercer uma ação por violação do contrato.

Artigo 62

O vendedor poderá exigir do comprador o pagamento do preço, o recebimento das mercadorias ou a execução de outras obrigações que a este incumbirem, salvo se o vendedor houver exercido algum direito ou ação incompatível com tal exigência.

Artigo 63

(1) O vendedor poderá conceder prazo suplementar razoável para cumprimento das obrigações que incumbirem ao comprador.

(2) O vendedor não pode, antes de vencido o prazo concedido conforme o parágrafo precedente, recorrer a qualquer ação por descumprimento do contrato, salvo se houver recebido comunicação do comprador de que não cumprirá suas obrigações neste prazo. Todavia, o vendedor não perderá, por isto, qualquer direito que possa ter de exigir perdas e danos pela mora no cumprimento pelo comprador.

Artigo 64

(1) O vendedor poderá declarar rescindido o contrato se:

(a) o descumprimento pelo comprador de qualquer das obrigações que lhe incumbem segundo o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou

b) o comprador não cumprir a obrigação de pagar o preço, ou não receber as mercadorias no prazo suplementar fixado pelo vendedor, de acordo com o parágrafo (1) do artigo 63, ou, ainda, declarar que não o fará no prazo assim fixado.

(2) Todavia, caso o comprador tenha pago o preço, o vendedor perderá o direito de declarar resolvido o contrato se não o fizer:

(a) antes que o vendedor tome conhecimento do cumprimento da obrigação, caso se trate de cumprimento tardio pelo comprador;

(b) caso se trate de descumprimento de outra natureza que não o cumprimento tardio pelo comprador, dentro de prazo razoável:

(i) após o momento em que teve ou deveria ter tido conhecimento do descumprimento; ou

(ii) após o vencimento do prazo suplementar fixado pelo vendedor de acordo com o parágrafo (1) do artigo 63, ou após o comprador ter declarado que não cumpriria suas obrigações dentro desse prazo.

Artigo 65

(1) Se o contrato dispuser que caberá ao comprador especificar a forma, as dimensões ou outras características das mercadorias e tal especificação não for efetuada na data ajustada, ou em prazo razoável após ter sido solicitada pelo vendedor, este poderá, sem prejuízo de quaisquer outros direitos que possa ter, efetuar ele próprio a especificação, de acordo com as necessidades do comprador das quais tiver conhecimento.

(2) Se a especificação for efetuada pelo próprio vendedor, este deve dar conhecimento ao comprador dos detalhes, concedendo-lhe prazo razoável para que efetue especificação diferente. Se, após receber a comunicação do vendedor, o comprador não se utilizar desta faculdade no prazo fixado, a especificação efetuada pelo vendedor tornar-se-á vinculante.

CAPITULO IV - TRANSFERÊNCIA DO RISCO

Artigo 66

A perda ou a deterioração das mercadorias ocorrida após a transferência de risco ao comprador não o libera da obrigação de pagar o preço, salvo se for decorrente de ato ou omissão do vendedor.

Artigo 67

(1) Se o contrato de compra e venda implicar também o transporte das mercadorias e o vendedor não estiver obrigado a entregá-las em lugar determinado, correrão por conta do comprador os riscos a partir da entrega das mercadorias ao primeiro transportador, para serem trasladadas ao comprador nos termos do contrato. Se o vendedor estiver obrigado a entregar as mercadorias ao transportador em lugar determinado, os riscos só se

transferirão ao comprador quando as mercadorias forem entregues ao transportador naquele lugar. O fato de estar o vendedor autorizado a reter os documentos representativos das mercadorias não prejudicará a transferência do risco.

(2) Entretanto, o risco não se transferirá ao comprador até que as mercadorias estejam claramente identificadas para os efeitos do contrato, mediante a marcação das mercadorias, pelos documentos de expedição, por comunicação enviada ao comprador ou por qualquer outro modo.

Artigo 68

Se as mercadorias forem vendidas em trânsito, o risco se transferirá ao comprador a partir do momento em que o contrato for concluído. Não obstante, se assim resultar das circunstâncias, o risco será assumido pelo comprador a partir do momento em que as mercadorias tiverem passado para a posse do transportador que houver emitido os documentos referentes ao contrato de transporte. Todavia, o risco da perda ou deterioração correrá por conta do vendedor se, no momento da conclusão do contrato de compra e venda, o vendedor sabia ou devesse saber que as mercadorias sofreram perda ou deterioração, sem ter informado ao comprador.

Artigo 69

(1) Nos casos não compreendidos nos artigos 67 e 68, o risco se transferirá ao comprador quando este retirar as mercadorias ou, se não o fizer no tempo devido, a partir do momento em que as mercadorias forem colocadas à sua disposição, estando ele em violação contratual por recusar-se a recebê-las.

(2) Não obstante, se o comprador estiver obrigado a retirar as mercadorias noutro lugar que não o estabelecimento comercial do vendedor, o risco se transferirá quando a entrega se efetuar e o comprador souber que as mercadorias estão à sua disposição nesse lugar.

(3) Se o contrato se referir a mercadorias ainda não individualizadas, não se considerará que tenham sido postas à disposição do comprador até que sejam elas claramente identificadas para os efeitos do contrato.

Artigo 70

Se o vendedor houver cometido violação essencial do contrato, as disposições dos artigos 67, 68 e 69 não prejudicarão as ações de que dispõe o comprador em consequência de tal violação.

CAPITULO V - DISPOSIÇÕES COMUNS ÀS OBRIGAÇÕES DO VENDEDOR E DO COMPRADOR

Seção I - Violação antecipada e contratos com prestações sucessivas

Artigo 71

(1) Uma parte poderá suspender o cumprimento de suas obrigações se, após a conclusão do contrato, tornar-se evidente que a outra parte não cumprirá parcela substancial de suas obrigações, devido:

(a) a grave insuficiência em sua capacidade de cumpri-las, ou em sua solvência; ou

(b) à maneira como se dispõe a cumprir ou como cumpre o contrato.

(2) Se o vendedor houver expedido as mercadorias antes de se tornarem evidentes os motivos a que se refere o parágrafo anterior, poderá se opor a que o comprador tome posse das mercadorias, ainda que este seja portador de documento que lhe permita obtê-la. Este parágrafo refere-se somente aos direitos respectivos do comprador e do vendedor sobre as mercadorias.

(3) A parte que suspender o cumprimento de suas obrigações, antes ou depois da expedição das mercadorias, deverá comunicá-lo imediatamente à outra parte, mas deverá prosseguir no cumprimento se esta oferecer garantias suficientes do cumprimento de suas obrigações.

Artigo 72

(1) Se antes da data do adimplemento tornar-se evidente que uma das partes incorrerá em violação essencial do contrato, poderá a outra parte declarar a rescisão deste.

(2) Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a rescisão do contrato deverá comunicá-la à outra parte com antecedência razoável, para que esta possa oferecer garantias suficientes de que cumprirá suas obrigações.

(3) Os requisitos do parágrafo anterior não serão aplicáveis quando a outra parte houver declarado que não cumprirá suas obrigações.

Artigo 73

(1) Nos contratos que estipulem entregas sucessivas de mercadorias, o descumprimento por uma das partes das obrigações relativas a qualquer das entregas que constituir violação essencial do contrato em relação a esta entrega dará à outra parte o direito de declarar rescindido o contrato quanto a essa mesma entrega.

(2) Se o descumprimento, por uma das partes, de suas obrigações relativas a qualquer das entregas der à outra parte fundados motivos para inferir que haverá violação essencial do contrato com relação a futuras entregas, esta outra parte poderá declarar o contrato rescindido com relação ao futuro, desde que o faça dentro de prazo razoável.

(3) O comprador que declarar resolvido o contrato com relação a qualquer entrega poderá simultaneamente declará-lo resolvido com respeito a entregas já efetuadas ou a entregas futuras se, em razão de sua interdependência, tais entregas não puderem se destinar aos fins previstos pelas partes no momento da conclusão do contrato.

Seção II - Perdas e Danos

Artigo 74

As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta

os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.

Artigo 75

Se o contrato for rescindido e se, em modo e prazo razoáveis após a rescisão, o comprador proceder a uma compra substitutiva ou o vendedor a uma venda substitutiva, a parte que exigir a indenização poderá obter a diferença entre o preço do contrato e o preço estipulado na operação substitutiva, assim como quaisquer outras perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74.

Artigo 76

(1) Se o contrato for rescindido e as mercadorias tiverem preço corrente, a parte que exigir a indenização das perdas e danos poderá, se não houver procedido à compra substitutiva ou à venda substitutiva previstas no artigo 75, obter a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da resolução, bem como quaisquer outras perdas e danos exigíveis em razão do artigo 74. Não obstante, se a parte que exigir a indenização houver resolvido o contrato após ter tomado posse das mercadorias, aplicar-se-á o preço corrente no momento de tomada de posse, em lugar do preço corrente no momento da rescisão.

(2) Para os fins do parágrafo anterior, o preço corrente será aquele do lugar onde a entrega das mercadorias deveria ter sido efetuada ou, na falta de preço corrente nesse lugar, o preço praticado em outra praça que puder razoavelmente substituí-lo, levando-se em consideração as diferenças no custo de transporte das mercadorias.

Artigo 77

A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

Seção III - Juros**Artigo 78**

Se uma das partes deixar de pagar o preço ou qualquer outro valor devido, a outra parte terá direito a receber os juros correspondentes, sem prejuízo de qualquer indenização das perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74.

Seção IV - Exclusão de responsabilidade**Artigo 79**

(1) Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências.

(2) Se o inadimplemento de uma das partes for devido à falta de cumprimento de terceiro por ela incumbido da execução total ou parcial do contrato, esta parte somente ficará exonerada de sua responsabilidade se:

(a) estiver exonerada do disposto no parágrafo anterior; e

(b) o terceiro incumbido da execução também estivesse exonerado, caso lhe fossem aplicadas as disposições daquele parágrafo.

(3) A exclusão prevista neste artigo produzirá efeito enquanto durar o impedimento.

(4) À parte que não tiver cumprido suas obrigações deve comunicar à outra parte o impedimento, bem como seus efeitos sobre sua capacidade de cumpri-las. Se a outra parte não receber a comunicação dentro de prazo razoável após o momento em que a parte que deixou de cumprir suas obrigações tiver ou devesse ter tomado conhecimento do impedimento, esta será responsável pelas perdas e danos decorrentes da falta de comunicação.

(5) As disposições deste artigo não impedem as partes de exercer qualquer outro direito além da indenização por perdas e danos nos termos desta Convenção.

Artigo 80

Uma parte não poderá alegar o descumprimento da outra, na medida em que tal descumprimento tiver sido causado por ação ou omissão da primeira parte.

Seção V - Efeitos da rescisão

Artigo 81

(1) A rescisão do contrato liberará ambas as partes de suas obrigações, salvo a de indenizar as perdas e danos que possam ser devidas. Todavia, a rescisão não prejudicará as disposições contratuais a respeito da solução de controvérsias, nem qualquer outra estipulação do contrato que regule os direitos e obrigações das partes em caso de rescisão.

(2) A parte que tiver cumprido total ou parcialmente o contrato poderá reclamar da outra parte a restituição daquilo que houver fornecido ou pago nos termos do contrato. Se ambas as partes estiverem obrigadas a restituir, deverão fazê-lo simultaneamente.

Artigo 82

(1) O comprador perderá o direito de declarar resolvido o contrato, ou de exigir do vendedor a entrega de outras mercadorias em substituição àquelas recebidas, se for impossível ao comprador restituir tais mercadorias em estado substancialmente idêntico ao que se encontravam quando foram recebidas.

(2) Não se aplicará o parágrafo anterior se:

(a) a impossibilidade de restituir as mercadorias ou de restituí-las em estado substancialmente idêntico àquele em que o comprador as houver recebido não for imputável a qualquer ato ou omissão deste;

(b) as mercadorias, ou parte delas, tiverem perecido ou se deteriorado em consequência do exame prescrito no artigo 38; ou

(c) o comprador, antes de descobrir a desconformidade ou de dever tê-la descoberto, tiver vendido as mercadorias ou parte delas no curso normal de seus negócios, ou as tiver consumido ou transformado segundo o uso normal.

Artigo 83

O comprador que tiver perdido o direito de declarar resolvido o contrato, ou de exigir do vendedor a entrega de outras mercadorias em substituição àquelas recebidas, de acordo com o artigo 82, manterá, não obstante, todas as demais ações que lhe corresponderem, segundo o contrato e a presente Convenção.

Artigo 84

(1) Se o vendedor estiver obrigado a restituir o preço, deverá também reconhecer os juros correspondentes, a partir da data em que tiver ocorrido o pagamento do preço.

(2) O comprador deverá reconhecer ao vendedor o valor de todo proveito que tiver auferido com as mercadorias ou com parte delas:

(a) quando tiver de restituí-las, no todo ou em parte;

(b) quando lhe for impossível restituir a totalidade ou parte das mercadorias, ou restituí-las, no todo ou em parte, em estado substancialmente idêntico àquele em que as houver recebido, mas tiver, não obstante, declarado rescindido o contrato, ou exigido do vendedor a entrega de outras mercadorias em substituição àquelas recebidas.

Seção VI - Conservação das Mercadorias

Artigo 85

Se o comprador retardar o recebimento das mercadorias ou retardar o pagamento do preço quando tal pagamento for devido simultaneamente à entrega das mercadorias, o vendedor deverá adotar medidas razoáveis para a conservação destas, atendidas as circunstâncias, caso esteja na posse das mercadorias ou possa por outra forma dispor das mesmas. O vendedor terá direito a reter as mercadorias até que obtenha do comprador o reembolso dos gastos razoáveis que tiver realizado.

Artigo 86

(1) Se o comprador tiver recebido as mercadorias e tiver a intenção de exercer o direito de recusa conferido pelo contrato ou pela presente Convenção, deverá adotar as medidas que forem razoáveis, atendidas as circunstâncias, para a respectiva conservação. O comprador terá direito de reter as mercadorias até que obtenha do vendedor o reembolso dos gastos razoáveis que tiver realizado.

(2) Se as mercadorias remetidas ao comprador tiverem sido colocadas à disposição deste no lugar de destino e o comprador exercer o direito de recusa, este deverá tomar posse das mercadorias por conta do vendedor, quando for isso possível sem pagamento do preço, inconvenientes ou gastos não razoáveis. Esta disposição não se aplicará quando o vendedor ou a pessoa autorizada a tomar posse das mercadorias por conta deste estiver presente no local de destino. Os direitos e obrigações do comprador que tomar posse das mercadorias nos termos do presente parágrafo se regerão pelo parágrafo precedente.

Artigo 87

A parte que estiver obrigada a adotar medidas para a conservação das mercadorias poderá depositá-las em armazém de terceiro, por conta da outra parte, desde que os gastos resultantes não sejam não razoáveis.

Artigo 88

(1) A parte que estiver obrigada a providenciar a conservação das mercadorias, conforme as disposições dos artigos 85 e 86, poderá vendê-las por qualquer meio apropriado se a outra parte retardar por um tempo não razoável tomar posse delas, aceitar sua devolução ou pagar o preço dos gastos de sua conservação, desde que comunique à outra parte, com antecedência razoável, sua intenção de proceder à venda.

(2) Se as mercadorias estiverem sujeitas a rápida deterioração, ou se sua conservação exigir gastos não razoáveis, a parte que estiver obrigada a providenciar sua conservação conforme as disposições dos artigos 85 e 86 deverá adotar medidas razoáveis para vendê-las. Na medida do possível, deverá comunicar à outra parte sua intenção de proceder à venda.

(3) A parte que vender as mercadorias terá direito de reter, do produto da venda, importância equivalente aos gastos razoáveis que foram realizados com sua conservação e venda, devendo entregar o saldo à outra parte.

PARTE IV - DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 89

O Secretário Geral das Nações Unidas fica designado depositário da presente Convenção.

Artigo 90

A presente Convenção não prevalece sobre qualquer acordo internacional já celebrado, ou que vier a sê-lo, que contenha disposições relativas às matérias regidas pela presente Convenção, desde que as partes tenham seus estabelecimentos comerciais em Estados Partes nesse acordo.

Artigo 91

(1) A presente Convenção estará aberta à assinatura na sessão de encerramento da Conferência das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e permanecerá aberta à assinatura de todos os Estados na Sede das Nações Unidas, em Nova York, até 30 de setembro de 1981.

(2) A presente Convenção está sujeita à ratificação, aceitação ou aprovação pelos Estados signatários.

(3) A presente Convenção estará aberta à acessão de todos os Estados que não sejam Estados signatários, a partir da data em que ficar aberta à assinatura.

(4) Os instrumentos de ratificação, aceitação, aprovação e acessão serão depositados em poder do Secretário Geral das Nações Unidas.

Artigo 92

(1) Qualquer Estado Contratante pode declarar, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que não adotará a Parte II ou a Parte III da presente Convenção.

(2) Qualquer Estado Contratante que tiver feito a declaração prevista no parágrafo anterior com relação à Parte II ou à Parte III da presente Convenção não se considerará Estado Contratante para os efeitos do parágrafo (1) do artigo 1 da presente Convenção, no que concerne às matérias que sejam regidas pela Parte a que se referir a declaração.

Artigo 93

(1) Qualquer Estado Contratante integrado por duas ou mais unidades territoriais nas quais, de conformidade com sua Constituição, forem aplicáveis sistemas jurídicos diversos relativamente às matérias objeto da presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que a presente Convenção se aplicará a todas suas unidades territoriais ou somente a uma ou a algumas delas, podendo modificar a qualquer momento sua declaração mediante outra declaração.

(2) Estas declarações serão notificadas ao depositário e nelas se fará constar expressamente a quais unidades territoriais a Convenção se aplicará.

(3) Se, em virtude de declaração feita nos termos deste artigo, a presente Convenção se aplicar a uma ou a algumas das unidades territoriais do Estado Contratante mas não a todas elas, e se o estabelecimento comercial de uma das partes estiver situado nesse Estado, considerar-se-á, para os efeitos da presente Convenção, que esse estabelecimento não está num Estado Contratante, salvo se se encontrar numa unidade territorial na qual a Convenção se aplicar.

(4) Se o Estado Contratante não fizer qualquer declaração nos termos do parágrafo (1) deste artigo, aplicar-se-á a Convenção a todas as unidades territoriais desse Estado.

Artigo 94

(1) Dois ou mais Estados Contratantes que tiverem normas jurídicas idênticas ou similares nas matérias que se regem na presente Convenção podem, a qualquer momento, declarar que a Convenção não se aplicará aos contratos de compra e venda, ou à respectiva formação, quando as partes tiverem seus estabelecimentos comerciais nesses Estados. Tais declarações podem ser feitas conjuntamente ou mediante declarações unilaterais recíprocas.

(2) Qualquer Estado Contratante que tiver normas jurídicas idênticas ou similares às de um ou de vários Estados não contratantes, nas matérias que se regem na presente Convenção, poderá a qualquer momento declarar que a Convenção não se aplicará aos contratos de compra e venda, ou à respectiva formação, quando as partes tiverem seus estabelecimentos comerciais nesses Estados.

(3) Se o Estado a respeito do qual tiver sido feita a declaração prevista no parágrafo anterior tornar-se ulteriormente Estado Contratante, a referida

declaração produzirá os efeitos da declaração prevista no parágrafo (1), a partir da data em que a Convenção vigorar em relação ao novo Estado Contratante, desde que este subscreva essa declaração, ou faça uma declaração unilateral de caráter recíproco no mesmo sentido.

Artigo 95

Qualquer Estado poderá declarar, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que não adotará a disposição da alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1 da presente Convenção.

Artigo 96

O Estado Contratante cuja legislação exigir que os contratos de compra e venda sejam concluídos ou provados por escrito poderá, a qualquer momento, fazer a declaração prevista no artigo 12, no sentido de que, caso qualquer das partes tenha seu estabelecimento comercial nesse Estado, não se aplicarão as disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II da presente Convenção, que permitirem a conclusão, modificação ou resolução do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção por qualquer forma que não a escrita.

Artigo 97

(1) As declarações feitas de conformidade com a presente Convenção, no momento da assinatura, estarão sujeitas a confirmação quando da respectiva ratificação, aceitação ou aprovação.

(2) As declarações e as confirmações de declarações serão feitas por escrito e serão formalmente notificadas ao depositário.

(3) As declarações surtirão efeitos a partir da data de entrada em vigor da presente Convenção em relação ao Estado a que se referirem. Não obstante, a declaração cuja notificação formal for recebida pelo depositário após tal entrada em vigor produzirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de seis meses, contados da data em que o depositário houver recebido a notificação. As declarações unilaterais recíprocas feitas conforme o artigo 94 produzirão efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de seis meses, contados da data em que o depositário houver recebido a última declaração.

(4) Qualquer Estado que fizer declaração conforme a presente Convenção poderá retirá-la a qualquer momento, mediante notificação formal, feita por escrito ao depositário. Esta retirada produzirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de seis meses, contados da data em que o depositário houver recebido a notificação.

(5) A retirada de declaração feita nos termos do artigo 94 tornará ineficaz qualquer declaração de caráter recíproco feita por outro Estado de conformidade com tal artigo, a partir da data em que tal retirada produzir efeito.

Artigo 98

Não se admitirão quaisquer reservas além daquelas expressamente autorizadas pela presente Convenção.

Artigo 99

(1) Esta Convenção entrará em vigor, observado o disposto no parágrafo (6) deste artigo, no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contados da data em que houver sido depositado o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, incluindo o instrumento que contenha declaração feita nos termos do artigo 92.

(2) Quando um Estado ratificar, aceitar, aceder ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aderir, após haver sido depositado o décimo instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, a Convenção, salvo a Parte excluída, entrará em vigor com relação a esse Estado no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contado da data em que haja depositado seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, observado o disposto no parágrafo (6) deste artigo.

(3) Um Estado que ratificar, aceitar, aprovar a presente Convenção ou a ela aceder, e for parte da Convenção relativa à Lei Uniforme sobre a Formação de Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias celebrada na Haia em 10 de junho de 1964 (Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação), ou da Convenção relativa à Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias celebrada na Haia em 10 de julho de 1964 (Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda), ou de ambas as Convenções, deverá ao mesmo tempo denunciar, conforme o caso, a Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda, a Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação ou ambas as Convenções, mediante notificação para esse efeito dirigida ao Governo dos Países Baixos.

(4) Um Estado parte da Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda que ratificar, aceitar ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aceder, e declarar ou tiver declarado, nos termos do artigo 92, que não adotará a Parte II da

presente Convenção, deverá, no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, denunciar a Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda, mediante notificação para esse efeito dirigida ao Governo dos Países Baixos.

(5) Um Estado parte da Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação que ratificar, aceitar ou aprovar a presente Convenção, ou a ela aceder, e declarar ou tiver declarado, nos termos do artigo 92, que não adotará a Parte III da presente Convenção, deverá, no momento da ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, denunciar a Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação, mediante notificação para esse efeito dirigida ao Governo dos Países Baixos.

(6) Para os efeitos deste artigo, as ratificações, aceitações, aprovações e acessões com respeito à presente Convenção por Estados partes da Convenção da Haia de 1964 sobre a Formação ou da Convenção da Haia de 1964 sobre a Venda, não produzirão efeitos até que as denúncias que estes Estados devam fazer com relação a essas duas mencionadas Convenções tenham produzido seus devidos efeitos. O depositário da presente Convenção consultará o Governo dos Países Baixos, como depositário das Convenções de 1964, a fim de assegurar a necessária coordenação a este respeito.

Artigo 100

(1) Esta Convenção somente se aplicará à formação do contrato quando a oferta de conclusão do contrato se fizer a partir da data de entrada em vigor da Convenção, com relação aos Estados Contratantes a que se refere a alínea (a) do parágrafo (1) do artigo 1, ou com relação ao Estado Contratante a que se refere a alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1.

(2) Esta Convenção somente se aplicará aos contratos concluídos a partir da data de entrada em vigor da Convenção com relação aos Estados Contratantes

a que se refere a alínea (a) do parágrafo (1) do artigo 1, ou com relação ao Estado Contratante a que se refere a alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1.

Artigo 101

(1) Qualquer Estado Contratante poderá denunciar a presente Convenção, sua Parte II ou sua Parte III mediante notificação formal, feita por escrito ao depositário.

(2) A denúncia produzirá efeito no primeiro dia do mês seguinte ao término do prazo de doze meses, contado da data em que a notificação houver sido recebida pelo depositário. Quando na notificação se estabelecer prazo mais longo para que a denúncia produza efeito, esta tornar-se-á eficaz no término desse prazo, contado da data em que a notificação houver sido recebida pelo depositário.

FEITA em Viena, no undécimo dia de abril de mil novecentos e oitenta, em um só original, cujos textos em árabe, chinês, espanhol, francês, inglês e russo são igualmente autênticos.

EM FÉ DO QUE os plenipotenciários abaixo assinados, devidamente autorizados por seus respectivos Governos, firmaram a presente Convenção.

Advogado no Rio de Janeiro, Mestre em Direito Internacional e da Integração (UERJ - 2001), autor de artigos e livros sobre Direito Internacional Privado, Contratos Internacionais, Negociação, mediação e arbitragem, Professor Universitário, membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB – jmgarcez@jmgarceadv.com.br; www.jmgarceadv.com.br. - Currículo na Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9876483114400344>.

A eficácia da dignidade da pessoa humana no direito privado: necessidade de um critério mínimo de legitimação pautado nas dimensões da justiça para a sua interpretação e aplicação efetiva.

Frederico Price Grechi

1. A eficácia normativa da dignidade da pessoa humana na Constituição da República de 1988.

A Constituição da República de 1988, que instituiu o regime do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*), é a norma fundamental que confere unidade ao sistema jurídico¹. A dignidade da pessoa humana é o primeiro dos direitos fundamentais (CF, art. 1º, III)². A sua posição topológica no texto da Carta Constitucional revela, a um só tempo, o seu superior *status* principiológico, como alicerce central dos objetivos a serem implementados pelo Estado, e a sua função como vetor axiológico,

¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed., Brasília: UnB, 1999, p. 58-59: "Dado o poder constituinte como poder último, devemos pressupor, portanto, uma norma que atribua ao poder constituinte a faculdade de produzir normas jurídicas, essa norma é a norma fundamental. (...). Posto um ordenamento de normas de diversas procedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam unificadas. (...) Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciais, etc."

² MORAES, Maria Celina Bodin de. *O Princípio da Dignidade Humana*. In *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 14: "... a Constituição democrática de 1988 explicitou, no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos 'fundamentos da República'. A dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática".

privilegiando os valores não-patrimoniais para os quais devem se voltar as situações jurídicas patrimoniais¹.

Por tais razões, a proteção da dignidade da pessoa humana se reveste de suma importância, especialmente no que diz respeito à interpretação de outras normas da Constituição e da legislação infraconstitucional², no sentido de que toda e qualquer norma deve ser interpretada de modo que o resultado da interpretação esteja em consonância ótima com a garantia da dignidade humana, tornando-a *efetiva* ^{3 4}.

¹ TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

² ENTERRÍA, Eduardo García de. La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1994, p. 95: "La supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la construcción y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar este en cualquier momento de su aplicación – por operadores públicos o por operados privados, por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos – en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate".

³ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 248: "A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social". ÁVILA, HUMBERTO. Sistema Constitucional Tributário. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 491.

⁴ As regras, a rigor, são necessariamente subótimas, pois aspiram a tomada de decisões ideais para um caso concreto. Como se pode colher de várias normas-regras do "Novo" Código Civil, cujo projeto é de 1975 e que não revela uma uniformidade política e ideológica em consonância com a Constituição de 1988, pode-se dizer que se aplicadas diretamente, por meio do método da subsunção, às situações cotidianas, os resultados nelas indicados pelo legislador serão, em certos casos, bastante inferiores às suas justificações (sobrejacentes e subjacentes), retratando regras aquém de subótimas. Em sentido semelhante, notadamente a partir de um exame das justificações subjacentes, confira-se SCHAUER, Frederick. Las Regras em Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana. trad. Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 161: "¿Qué significa decir que las reglas son subóptimas? En muchos casos, de hecho en la mayoría de ellos, el resultado indicado por la aplicación de la regla será idéntico al indicado por la aplicación directa de las justificaciones subyacentes de la regla, e incluso idéntico al resultado indicado por la directa aplicación de toda la teoría sustantiva de la decisión que rija el entorno de toma de decisiones. Pero ahora hemos visto que habrá ciertos casos en los que el resultado por la regla será inferior al resultado indicado por la aplicación directa de su justificación. Y estos casos no se

2. A dignidade da pessoa humana e o diálogo normativo no ordenamento jurídico.

Embora vaga e fluída¹, a expressão dignidade da pessoa consiste em um valor essencial do ser humano, que, em termos gerais, pode significar que as pessoas tenham uma vida digna, sendo, pois, capaz de agasalhar diversas concepções e eficácias².

A cláusula geral da dignidade da pessoa humana³ concretiza-se através de postulados filosóficos traduzidos nos princípios da igualdade, da integridade psicofísica, da liberdade e da solidariedade⁴. Nela também podemos identificar

verán acompañados por ningún caso que los compense en la dirección opuesta: aunque habrá ocasiones en las que el resultado indicado por la regla será inferior al indicado por la justificación, no habrá ninguna ocasión en la que el resultado indicado por la regla sea superior al indicado por la justificación”.

¹ SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 74: “É que o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, pela sua notável abertura, abriga e fomenta este pluralismo, constituindo fórmula elástica o bastante para acolher valores potencialmente conflitantes, como liberdade e segurança, igualdade e direito à diferença. Assim, a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais”.

² PEREZ, Jesús Gonzáles. *La Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, 1986.

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117-118: “Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana”.

⁴ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 17: “O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência de outros sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”.

a fração nuclear do mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas da educação fundamental, da saúde básica, da assistência aos desamparados e do acesso à justiça ¹.

Articulando-se com a dignidade da pessoa humana, há outros valores e princípios que também expressam uma série de situações existenciais² merecedoras de tutela, inclusive por meio de proteção atípica ³.

Tais valores e princípios, como a solidariedade e a proteção ao meio-ambiente, estão relacionados à promoção de uma vida digna para a pessoa humana encontram a sua justificação numa argumentação ética e racionalmente estruturada, à luz de uma perspectiva da relevância da responsabilidade social do Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais)⁴, que também se

¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103, 247-308.

² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Op. Cit.*, p. 121.

³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 156: “Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas”.

⁴ Considerando a responsabilidade social do Estado e da sua natureza. Cf. BARRETO, Vicente de Paulo. *Ética e Direitos Humanos: Aporias Preliminares*. In *Legitimação dos Direitos Humanos*. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 527: “Existe, modernamente, uma outra linha de investigação e argumentação que sustenta haver uma dependência necessária e lógica entre os direitos humanos e os direitos sociais. O argumento de que os direitos sociais inserem-se na categoria dos direitos humanos tem sido desenvolvido em torno da idéia de que a responsabilidade social do Estado, é uma das dimensões definidoras do estado democrático de direito, idéia essa que se encontra consagrada em diferentes textos constitucionais sob a forma do princípio da solidariedade (Constituição brasileira de 1988, art. 3º, I). Para que essa idéia seja plenamente analisada é necessário situá-la no quadro de uma teoria normativa completa do Estado. Höffe propõe dois tipos de argumentos para legitimar a responsabilidade social do Estado e, em consequência, incluir os direitos sociais como direitos humanos. Os dois argumentos de Höffe fundamentam-se ambos nas raízes morais dos direitos humanos e, em função desse natureza ética, permite que se analise o problema de ângulo diferente daquele utilizado pelo economicismo”.

estende, em certa medida à sociedade civil e cada um dos seus integrantes, chamados de agentes privados (eficácia horizontal dos direitos fundamentais)¹.

A Carta de 1988 incluiu um extenso catálogo de direitos fundamentais e princípios jurídica, cujos conteúdos substantivos foram incorporados no ápice das estruturas legais (CF, arts. 1º a 9º), implicando a rematerialização da Lei Maior, e, por via de consequência, uma nova forma de enfrentar a *vexata quaestio* da filosofia do direito: as relações entre direito e moral, já que os princípios constitucionais abriram uma via de penetração moral no direito positivo (pós-positivismo)².

3. As dimensões da justiça na relação entre o Direito e a Moral.

Essa reaproximação entre o Direito e a Moral faz com que a Justiça³ também exija a sua consideração sob o prisma da ética, como fruto da teoria da justiça

¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 339-340. Consulte-se ainda, entre outros, os seguintes trabalhos sobre o tema: HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas, 1995; SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

² MAIA, Antônio Cavalcanti. *As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo*. In *Revista de Direito do Estado*, nº 5, janeiro/março, 2007, p. 244-245: "Estas transformações impuseram à nossa dogmática constitucional a necessidade de elaboração de uma nova referência: o pós-positivismo, situando assim o pensamento jurídico contemporâneo para além da estiolada querela jusnaturalismo *versus* positivismo jurídico. (...) Eis que esta nova realidade jurídico-constitucional que ensejou o surgimento da categoria da categoria pós-positivista em nosso âmbito cultural vem sendo denominada nas doutrinas espanhola e italiana neoconstitucionalismo".

³ SANCHÍS, Luis Pietro. *Apuntes de teoria del Derecho*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 99: "el Derecho positivo ha incorporado gran parte de los contenidos o valores de justicia".

pós-positivista (neoconstitucionalismo)¹. É, pois, nessa perspectiva, que a Justiça assume diferentes dimensões (virtude, valor, princípios), conforme as concepções jurídico-filosóficas no curso da história ^{2 3}.

A noção de Justiça Distributiva encerra, em Aristóteles⁴, a idéia de igualdade e de proporção geométrica.

A Justiça Comutativa traduz, principalmente no âmbito do direito privado, a idéia de tráfego negocial (troca) de bens, baseada, inicialmente, numa concepção de equivalência formal⁵, que, posteriormente, evoluiu para a noção de equivalência material ¹.

¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. Volume II. Valores e Princípios Constitucionais Tributários. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 112-121.

² CUNHA, Paulo Ferreira. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 189-192: "a Justiça, que segundo refere uma glosa, é mãe do Direito, tem dificuldades idênticas não por vicissitudes civilizacionais, mas por razões temporais. Cada tempo se concentra em alguns dos seus aspectos, dela projectando uma diversa imagem. Elenquemos rapidamente o que pode ser a Justiça, ou seja, em que categoriais se manifesta ela: como uma virtude, como um valor, como um princípio – sobretudo. (...) A Justiça passa de algum modo a encontrar-se num Direito Natural de princípios. E as grandes Declarações de Direitos e Constituições modernas serão os arautos de tal Direito Natural. O qual, de tão positivado, se arriscou a tornar-se supérfluo. Menos ambiciosos, os tempos seguintes de vez em quando invocam o princípio da Justiça. Hoje se invoca em alguns ramos mais que noutros. O valor Justiça corresponde, por seu turno, a uma fase moderna axiologizada e laicizada. Mas todas as teorias são de todos os tempos. E nos nossos dias, neste nosso tempo de confluências e encruzilhadas, a Justiça pode e talvez deva ser virtude, valor e princípio. E pode ser outras coisas. Por exemplo, à falta de Bem Comum, conceito cheio de significado, mas por vezes contado negativamente, fala-se cada vez mais em Justiça Social. As Justiças adjectivadas abundam. Temos de perseguir nas palavras os sentidos para além das circunstâncias dos tempos".

³ A respeito das modernas idéias de justiça, consulte-se KOLM, Serge-Christophe. *Teorias Modernas da Justiça*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2000.

⁴ *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002, Livro V, p. 109: "Temos então que a justiça distributiva é a conjunção do primeiro termo de uma proporção com o terceiro, e do segundo com o quarto, e o justo neste sentido é o meio-termo, e o injusto é o que viola a proporção, pois o proporcional é o intermediário, e o justo é o proporcional".

⁵ LUMIA, Giuseppe. *Elementos de Teoria e Ideologia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 137-138: "A justiça comutativa preside as relações entre os particulares, sejam elas originadas de fatos lícitos, com os contratos,

Desenvolvida a partir do século XIX, baseada em parte sobre os conceitos de justiça legal de Aristóteles e de justiça geral de Santo Tomás de Aquino, em virtude dos conflitos sociais e das divisões entre capital e trabalho, a noção de Justiça Social revela, hodiernamente, a idéia de redistribuição de rendas, com reflexos num ideal de proteção aos fracos, aos pobres e aos trabalhadores, orientada, entre outros, pelos princípios da solidariedade ² e da igualdade (material) ³.

No que toca à Justiça Política, que também remonta a Aristóteles⁴, esta se baseia *na preponderância do papel do Estado para promover a redistribuição de rendas pelas próprias instituições políticas (Administração, Fisco, Banco Central) concretização dos princípios constitucionais ligados à idéia de justiça e*

sejam relações originadas de fatos ilícitos, como os delitos. Essa forma de justiça estabelece uma relação entre duas coisas, e importa uma equivalência aritmética entre a prestação e a contraprestação nas obrigações originadas por contrato, e entre o ressarcimento e o dano nas obrigações originadas por ilícito”.

¹ WIECKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª ed. Trad. A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 599: “O acontecimento mais importante quanto a aspectos fundamentais foi talvez o regresso da jurisprudência ao princípio da equivalência material. O positivismo, desprezando a antiga tradição – que vinha da ética social de Aristóteles, passando pela escolástica, até o jusracionalismo- tinha deixado de atribuir qualquer influência à equivalência material das prestações nos contratos bilaterais”.

² TORRES, Ricardo Lobo. *Op. Cit.*, p. 114-115.

³ PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 47-48: “Igualdade na justiça social – Resultada confirmada interpretação do art. 3 como necessariamente unitária: um e outro parágrafo estão em função recíproca, e ambos ditam uma única normativa, aquela da igualdade na justiça social, como testemunha de uma filosofia de vida orientada a impedir que possa existir igualdade sem justiça social e vice-versa”.

⁴ *Op. Cit.*, Livro V, p. 107: “A justiça política é em parte natural e em parte legal. A parte natural é aquela que tem a mesma força em todos os lugares e não existe por pensarem os homens deste ou daquele modo. A legal é o que de início pode ser determinado indiferentemente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecido (...), e também todas as leis promulgadas para casos particulares (...), e as prescrições dos decretos”.

pela participação popular na via do orçamento participativo e da democracia deliberativa ^{1 2 3 4}.

A idéia de Justiça Econômica está ligada à racionalidade do mercado, alocação e distribuição de bens escassos aos custos da transação, obtendo o máximo de eficiência e bem-estar social, bem como se relaciona com o papel intervencionista do Estado na economia ^{5 6 7}.

¹TORRES, Ricardo Lobo. *Op. Cit.*, p. 118.

² Acerca da relação entre a igualdade substancial e justiça fiscal, PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 48: "O instrumento mais imediato para realizar o preceito do §2 do art. 3 é a intervenção legislativa reformadora e, principalmente, aquela administrativa, que se tornam possíveis mediante a 'despesa pública' à qual o cidadão é obrigado a contribuir de acordo com a própria 'capacidade', segundo critérios de progressividade".

³ A propósito da democracia deliberativa, confira-se NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁴ Este raciocínio acerca da justiça social, derivada da igualdade, parece-me ser corroborada por esta passagem de RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2004, p. 46: "Inicialmente, podemos supor que o resultado de elaborar o Direito dos Povos apenas para sociedades democráticas liberais será a adoção de certos princípios da igualdade entre os povos. Esses princípios, suponho, também abrirão espaço para várias formas de associação e federações cooperativas entre os povos, mas não afirmarão um Estado mundial".

⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. Cit.*, p. 118

⁶ POSNER, Richard A., PARISI, Francesco. *Economic Foundations of Private Law*. Cheltenham: Elgar Critical Writings Reader, 2002.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 64: "A 'economic analysis', como teoria global do direito conforme a racionalidade do mercado, postula que todas as avaliações, que no sistema se apresentam como fundamento dos negócios, podem esgotar-se no aspecto econômico e que todas as escolhas dos sujeitos econômicos são apresentáveis em função de uma utilidade global. (...) O jurista sabe que nem todas as avaliações do direito são traduzidas em avaliações econômicas: as soluções jurídicas são assumidas sobretudo com base no consentimento formulado em termos políticos. Com isso não se nega que possa ser útil o emprego de esquemas e critérios microeconômicos para 'escrutinar o direito' e para avaliar a congruidade de seus institutos. É, todavia, necessário ter consciência que se é

As Justiças Material e Formal indicam, respectivamente, uma noção com conteúdo de igualdade para alcançar certos resultados (igualdade material) e outra idéia que aponta os caminhos (meios) para que se chegue a certos fins (resultados). Ambas podem ser compreendidas, sob o prisma pós-positivista, a partir de duas vertentes, a do contratualismo (Rawls e Dworkin) e a da argumentação jurídica racional (Habermas e Alexy) ^{1 2}.

A Justiça Local é aquela se que aplica no âmbito das comunidades menores, como o Município e o Estado, ao passo que a *Justiça Universal* encerra a noção de um conjunto de princípios abstratos aceitos racionalmente pela humanidade ³.

A Justiça Equitativa, sob o aspecto social, traduz uma idéia que se articula entre o justo e o bem, de maneira que os cidadãos, que a incluem como parte de seu bem, sejam razoáveis e racionais e também vistos pelos outros como tais, movendo-se por razões relativas a seu bem e a fazer o que a justiça exige⁴. Sob o aspecto jurídico, a equidade pode relacionar-se com a

verdade que a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, ela sozinha não consegue representar a especificação e a complexidade da ciência jurídica”.

¹ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. Cit.*, p. 119-120.

² Ressaltando o seu valor ético-social, FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Técnica, Decisão e Dominação*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2007: “As discussões modernas sobre a justiça costumam encará-la sob dois aspectos que poderíamos classificar da seguinte maneira. Em seu aspecto formal, ela aparece como um valor ético-social de proporcionalidade em conformidade com o qual, em situações bilaterais normativamente reguladas, exige-se a atribuição a alguém que lhe é devido. Trata-se da idéia clássica do *suum cuique tribuere*, que reclama, porém, num segundo aspecto, a determinação daquilo que é devido a cada um. A conformidade ou não com critérios sobre o que e a quem é devido é o problema do aspecto material da justiça (Tammelo, 1971:73)”.

³ TORRES, Ricardo Lobo. *Op. Cit.*, p. 120-121.

⁴ RAWLS, John. *Justiça com Equidade. Uma reformulação*. São Paulo: Martins, 2003, p. 288.

razoabilidade, importando, quando da aplicação de uma norma jurídica, em primeiro lugar, a harmonização da norma geral com a norma individual, e, em segundo lugar, a consideração daquilo que normalmente acontece ¹.

Em um cenário histórico complexo numa sociedade plural, que busca conciliar os regionalismos de diversas espécies com as pretensões universalistas (econômicas e democráticas), é de suma importância a função desempenhada pela relação entre a *Justiça* e a *Ética* tanto na filosofia política como na filosofia jurídica, com vistas à construção de uma democracia deliberativa, garantindo-se a tutela de direitos fundamentais ^{2 3}.

4. A dignidade da pessoa humana e a constitucionalização do direito civil.

Foi nessa quadra histórica da Constituição de 1988 que se abriu o caminho para a leitura do Direito Civil conforme as normas fundamentais constitucionais e os ideais do Estado Democrático de Direito, identificando-se esse fenômeno como “Constitucionalização do Direito Civil”. No Brasil, esse novo olhar (método) sobre o nosso Direito Civil, no início da década de 90, vem ganhando novos adeptos, com a louvável oxigenação da disciplina, através da releitura dos institutos jurídicos e um exame substancial crítico estrutural e funcional, inovando, por conseguinte, a jurisprudência.

¹ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 103-106.

² CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 76.

³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 500-501.

Este novel cenário metodológico da Constitucionalização do Direito Civil desencadeia a crise da dicotomia rígida entre o público e privado, tendo como mola propulsora o vetor jurídico-axiológico da dignidade da pessoa humana, que foi alçado ao vértice do ordenamento jurídico, constituindo ponto de confluência de interesses individuais e coletivos, impondo-se a releitura da *summa divisio* público-privado ¹.

A Constitucionalização do Direito Civil é, assim, a nova feição do Direito, encontrando nos valores existenciais (não-patrimoniais) o ponto de partida para o alcance da dignidade da pessoa humana, que se traduz no seu fim “último”.

Sem embargo, é necessário compreender que a eficácia jurídica da dignidade da pessoa humana² perpassa por níveis de determinação do mais genérico para o mais específico (princípios, subprincípios, regras) ³.

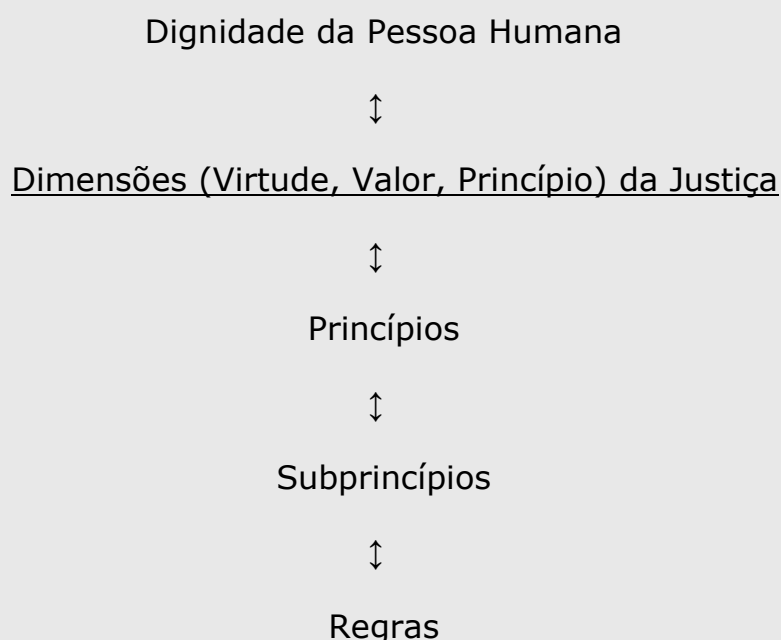
5. Em busca de um critério mínimo de legitimação pautado nas dimensões da justiça para a interpretação e aplicação efetiva da dignidade da pessoa humana.

¹ GIORGIANNI, Michelli. *Direito Privado e as suas atuais fronteiras*. In Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 747, jan. 1998, p. 55. NEGREIROS, Teresa. *Dicotomia Público-Privado frente ao Problema da Colisão de Princípios*. In *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Org. Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 340 e 372.

² A propósito das espécies de eficácia dos princípios, consulte-se BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. In *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Org. Luís Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

³ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. Cit., p. 154-155.

Portanto, nesse percurso da determinação da dignidade da pessoa humana, a noção de Justiça (Distributiva, Comutativa, Social, Política, Econômica, Material, Formal, Local, Universal, Eqüitativa), em todas as suas dimensões (virtude, valor, princípio), oferece ao intérprete uma pauta de critérios axiológicos, bem como de limites para a aplicação das demais disposições normativas - princípios, subprincípios e regras (determinação do genérico para o mais específico) -, numa articulação recíproca, ou seja, vice-versa, auxiliando no direcionamento do resultado da interpretação em consonância ótima com a tutela da dignidade humana ¹ e tornando esta efetiva:



Esse critério pauta-se na exigência de conformação com a validade e a eficácia das normas postas (considerando-se fundamentalmente o substrato da

¹ Tal método proposto tem finalidade precípua para resolver problemas de justificação e legitimação, não excluindo, portanto, os elementos clássicos de interpretação (gramatical, histórica, sistemática e teleológica) e os princípios de interpretação especificamente constitucional, conforme requeira o caso em exame. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998; BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 124-246.

dignidade da pessoa humana) na legitimação (do exercício) do poder¹, que, por meio do consenso ainda que mínimo entre o direito e a moral, se transforma em autoridade, alcançando-se a idéia do justo ² e superando a mera noção de direito posto ³.

A relevância desse critério proposto reside no fato de que o direito – especialmente quanto à função promocional da dignidade humana – deve ser também justo ou, caso contrário, não terá sentido a obrigação de respeitá-lo, pois, *a justiça como espécie de código de ordem superior, cujo desrespeito ou violação produz resistência e cuja ausência conduz a desorientação e ao sem-sentido das regras de convivência, pode-nos levar a admiti-la como um princípio doador de sentido para o universo jurídico* ⁴. A aparente vitória de um direito (posto) sem justiça implica, na realidade, a derrota do ordenamento jurídico diante da ausência de um consenso mínimo da sociedade ⁵.

¹ SANCHÍS, Luis Pietro. *Op. Cit.*, p. 101: “una mínima conexión entre ele Derecho y la moral social es indispensable para el mantenimiento de aquél, conexión que llamamos legitimidad y que se traduce em la aceptación voluntaria del orden juridico por una buena parte de us destinatários (precisamente de aquellos cuya moral crítica o subjetiva coincide con la moral social, y que suelen ser legión).

² LUMIA, Giuseppe. *Op. Cit.*, p. 118-119.

³ LARENZ, Karl. *Derecho Justo. Fundamentos de Etica Juridica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas, 1993, p. 46.

⁴ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Op. Cit.*, p. 366.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 23.

Adotaremos o critério acima proposto para (re)construção da legitimação do Direito Privado em face da Constituição por meio da introdução no discurso jurídico das dimensões da Justiça ¹.

Para demonstrar a sua utilidade, tomaremos, a título de ilustração, o debate doutrinário no âmbito dos direitos da personalidade devido à inclusão de um capítulo no “Novo” Código Civil, ensejando relevantes discussões quanto à sua legitimação (e justificação), com sérias repercussões para a interpretação ótima e efetiva da dignidade da pessoa humana. Segundo uma parcela da doutrina brasileira², os direitos de personalidade humana estariam postos (reconhecidos e sancionados) pelo Estado no direito positivo (concepção jurídico-normativa), seja em nível constitucional (CF, art. 5º), seja em nível de legislação ordinária (CC, art. 11 a 21).

Duas importantes conseqüências, entre outras, emergem desse entendimento: a primeira, da redução da personalidade humana a uma situação jurídica-tipo, e, portanto, a um elenco exaustivo dos direitos subjetivos típicos da personalidade; e a segunda, a possibilidade da sua extensão às pessoas jurídicas (art. 52) como resultado de mera opção legislativa, sendo, pois, desimportante a sua justificação e legitimação fora do direito posto.

O entendimento da outra respeitável corrente doutrinária³, que considera antes de tudo a personalidade humana como um valor jurídico como expressão de

¹ ALEXY, Robert. *La institucionalización de la justicia*. Trad. José Antonio Seone, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez.. Granada: Editorial Comares, 2005: “En principio, ninguna tradición y ninguna autocomprensión están excluidas del discurso. Con ello, todos los principios de justicia pueden, en principio, ser introducidos en el discurso”.

² BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3ª ed. Forense Universitária, 1999, p.7; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Volume I – Parte Geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 155.

³ TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*. In *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 48-49.

uma cláusula geral da tutela da pessoa humana, permite um espectro mais amplo da proteção às situações atípicas¹.

Essa perspectiva aberta de realização e de proteção plena da dignidade humana revela-se apta a tutelar eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, em volta de suas próprias e variadas circunstâncias. Tal concepção não é passível de aplicação extensiva às pessoas jurídicas, eis que estas não contêm os elementos justificadores da proteção à personalidade, que deve ser concebida como bem jurídico (objeto de situações existenciais), mas tão-somente merecedoras de uma adequada tutela institucional ².

Pelo critério acima proposto, o valor da Justiça Universal, expresso na fundamentação ética dos direitos da pessoa humana aceitos racionalmente pela humanidade³, melhor legitima e justifica a segunda corrente doutrinária,

¹ PERLINGIERI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 154-155. Para uma crítica a compreensão reducionista dos direitos da personalidade humana, TEPEDINO, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 48: "Imaginando-se a personalidade humana do ponto de vista estrutural (ora o elemento subjetivo da estrutura das relações jurídicas, identificada como o conceito de capacidade jurídica, ora o elemento objetivo, ponto de referência dos chamados direitos da personalidade) e protegendo-a em termos apenas negativos, no sentido de repelir as ingerências externas à livre atuação do sujeito de direito, segundo a técnica própria do direito de propriedade, a tutela da personalidade será sempre setorial e insuficiente".

² TEPEDINO, Gustavo. Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. Op. Cit.*, p. XXIII.

³ Para uma justificação ética e universal dos direitos humanos, NINO, Carlos Santiago. *Ética Y Derecho Humanos (En un Estado de Guerra)*. In Derecho, moral y política II: fundamentos del liberalismo político: derechos humanos y democracia deliberativa. 1ª ed. Buenos Aires: Gedisa, 2007.

auxiliando no direcionamento do resultado da interpretação em consonância ótima e efetiva com a tutela da dignidade humana ¹:

Dignidade da Pessoa Humana



Valor da Justiça Universal



Princípios (direitos da personalidade)



Subprincípios (intimidade, privacidade, etc.)



Regras (CC, arts. 11 a 21).

O que se pretende aqui não é apenas trazer as noções conceituais e já convencionadas sobre o princípio da dignidade da pessoa humana para a interpretação do Direito Privado, mas, sim, perquirir se tais conteúdos se

¹ Como será demonstrado e desenvolvido ao longo da nossa investigação jurídico-científica, a sistematização parte de uma articulação circular (as normas superiores condicionam as inferiores, e as inferiores contribuem para determinar os elementos superiores), complexa (não há apenas uma relação vertical de hierarquia, mas várias relações horizontais, verticais e entrelaçadas entre as normas) e gradual (a sistematização será tanto mais perfeita quanto maior for a intensidade da observância dos seus vários critérios), alocada, no plano da eficácia, no postulado hermenêutico da coerência formal e material. Nesse sentido, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 127-128. A coerência também é trabalhada por PECZENIK, Aleksander. *On Law and Reason*. Netherlands: Kluwer, 1989, p. 158-212.

coadunam com os conceitos e dimensões da Justiça, pois só assim se atingirá o *status* de legitimidade.

A busca por uma concretização e por uma aplicação justa e efetiva da dignidade da pessoa humana, devidamente transportadas para o Direito Privado, revela-se sumamente importante, na medida em que estamos diante de uma expressão vaga e fluída, que caso venha a ser empregada de uma forma simplesmente imposta não alcançará a sua interpretação ótima e a sua promoção efetiva como o primeiro dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, bem como poderá levar a abusos e desvios de poder.

* * * * *

Advogado e Professor. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Doutorando em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Cursou o Mestrado em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Especialista em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Especialista em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

Doutrina

Novos Direitos da Personalidade

Semy Glanz

Sumário: 1. Doutrinas. 2. Um ou vários direitos ? 3. A proteção no Brasil. 4. O novo Código Civil. 5. Casos controversos. 6. Novos aspectos: Parentesco, empregado, discurso de ódio, transexuais, liberdade de expressão, informática e outros.

1. Doutrinas.

Como se sabe, há muito se protegiam os direitos da personalidade, mas sem a devida classificação e nem todos eram conhecidos. Aponta-se como o mais antigo direito a dar tal proteção o chamado direito bíblico, que, já nos dez mandamentos diz: Não matarás.

Nosso antigo Código Civil nada dizia, porque o autor do projeto, o grande jurista CLÓVIS BEVILAQUA, não aceitava tais direitos, dizendo que personalidade era a faculdade de ter direitos e deveres, ou a qualidade de ser sujeito de direito. Por isso, para a lei, pessoas eram os seres humanos e certas entidades, às quais se podiam atribuir direitos e deveres, ou seja, as chamadas pessoas jurídicas. Havia juristas que discordavam, como PIMENTA BUENO, que analisava a Constituição do Império.

No entanto, vários direitos, que hoje se incluem nos direitos da personalidade, eram garantidos como ofensas à vida, à integridade física, à honra e outros,

que, além de protegidos pelas normas de direito penal, eram pelo direito civil.

A Jurisprudência reflete os problemas que surgiam e o Poder Judiciário passou a dar a devida proteção à privacidade, ao direito moral do autor e outros que foram sendo protegidos civilmente.

2. Um ou vários direitos ?

Alguns autores, como BERNARD BEIGNIER, na França, dizem que só há um direito da personalidade e não vários, e com isto apóiam autores alemães, baseados no único artigo do Código Civil alemão – (este usa parágrafo em vez de artigo) - o § 823 do BGB (Beignier – Le droit de la personnalité, cap. II, n. 2, p. 49, PUF, 1992). Também um excelente autor português – RABINDRANATH V. A. CAPELO DE SOUZA, assim entende, publicando mais de 700 páginas de sua tese de doutorado – O Direito Geral de Personalidade – Lisboa, (1995). No entanto, o professor de Lisboa – GUILHERME MACHADO DRAY publica pequeno volume com o título no plural: Direitos de Personalidade. Analisa os artigos do Código Civil português, cujo art. 71º diz:

“Os direitos de personalidade gozam igualmente de proteção...”

Já o eminente professor luso JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO trata dos direitos da personalidade, mas conclui que “há que passar dos direitos da personalidade, que nem sequer foram acolhidos como ramo autônomo do Direito Civil, para o Direito da Personalidade” (Artigo na Revista de Direito do TJRJ n. 78, janeiro-março de 2009 e Revista da Faculdade de Direito da Univ. de Lisboa, n. 1-2/2009 – Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade). O mesmo autor, antes, falava em Direitos de Personalidade.

Os que discordam dizem que, porque só um artigo protege vários danos à pessoa, não significa que apenas regulou um direito da personalidade. Os autores franceses usam o termo no plural, como RAYMOND LINDON, JEAN CARBONNIER e JEAN HAUSER, o mesmo ocorrendo no Brasil, onde a maioria estuda os direitos no plural. Assim, JOSÉ SERPA DE SANTA MARIA, CARLOS ALBERTO BITTAR, ELIMAR SZANIAVSKI, LUIS EDSON FACHIN, SILVIO ROMERO BELTRÃO e muitos outros. Nosso novo Código Civil, de 2002, intitula o Capítulo II do título I – Dos Direitos da Personalidade. Adotou o plural.

3. A proteção no Brasil

O Brasil passou por regimes diversos, voltando à normalidade com a Constituição de 1988.

A moderna Constituição indica, no art. 5º os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, regulando-os em 78 incisos e 4 parágrafos.

Cabe destacar, para o nosso assunto, o inciso dez:

Art. 5º -

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

O inciso XII trata do sigilo da correspondência e comunicações e o XXVII protege o direito autoral.

Alguns autores entendem que a matéria deve estudar-se pelo aspecto civil-constitucional, como DANILO DONEDA (Os direitos da personalidade no Código Civil, em obra coletiva – A Parte Geral do Código Civil, coordenador GUSTAVO TEPEDINO, ed. Renovar, 3.ed., 2007, p. 45).

Antes do novo Código havia muitos estudos, e os tribunais decidiam os casos de violação desses direitos. Os autores indicam como o primeiro caso da jurisprudência do assunto, uma sentença de 28-5-1922, do então juiz do antigo Rio de Janeiro – Dr. OCTAVIO KELLY, publicada na Revista Forense, n. 41, p. 297. Na época, uma Rainha da Beleza – Mademoiselle Zezé Leone, fora filmada sem autorização, usando-se o filme para fins comerciais. A sentença proibiu-o, cominando pena.

Aumentando fotografias em jornais e filmes e com o surgimento da televisão, em que notícias e anúncios são frequentes, muitos casos originaram ações judiciais, não só aqui como em outros países. Formou-se a respeito uma nova jurisprudência.

4. O novo Código Civil Brasileiro

O Brasil tem novo Código Civil (de 2002, mas em vigor em 11-1-2003), o qual, na Parte Geral – Livro I, capítulo II, trata “Dos Direitos da Personalidade”.

Tem apenas os artigos 11 a 21. O primeiro indica os caracteres principais, admitindo exceções em lei:

“Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Daí se vê que só uma lei pode limitar tais direitos, não qualquer ato ou acordo de vontades, proibindo-se a transmissão e a renúncia. Mas, no art. 13, o próprio Código abre exceção:

“Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Assim, por exigência médica (entenda-se, para tratamento) é possível dispor de parte do corpo, mesmo que importe diminuição permanente da integridade física. Logo, se não importa diminuição permanente da integridade, mesmo sem exigência médica, pode alguém dispor de seu corpo. Por outro lado, o parágrafo único do mesmo artigo diz:

Art. 13. ...

Par. único. “o ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”.

Entendeu-se numa jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, em setembro de 2002, que:

“A expressão ‘exigência médica’, contida no art. 13, refere-se tanto ao bem-estar físico quanto ao bem-estar psíquico do disponente” (Enunciado 6).

Em trabalho nosso escrito há longos anos e não editado, dizíamos, quanto à disposição do próprio corpo, que aí se incluía o caso da “mãe de aluguel”, ou “aluguel de útero”. Em janeiro de 1985, jornais noticiavam um caso de Londres, em que tinha havido uma inseminação artificial, pela qual uma senhora casada aceitara receber um pagamento para admitir a inseminação. Ao dar à luz, a criança foi entregue ao casal que a contratara, um casal americano. Um juiz londrino admitiu a entrega da recém-nascida ao casal contratante, que pagara 15 mil libras esterlinas a uma agência no sul de Londres, e esta deu apenas a metade à mãe de aluguel. Mas um jornal pagou a ela 20 mil libras, pelos direitos exclusivos de narrar a história. Dissemos então que este era exemplo de disposição do próprio corpo, sem diminuição permanente da integridade física. Mas exigir que tal prática se fizesse sem remuneração era o mesmo que vedá-la, porque a gestação impõe diversos cuidados, especialmente médicos, em benefício da mãe e da criança. Geralmente, se alguém aceita gerar uma criança para outrem, ou é pobre ou necessita da remuneração.

Assim, a doação de sangue, cabelos e partes renováveis do corpo não são proibidas. Mas o caso previsto no parágrafo único do art. 13 é mais importante. Admite-se que a mãe doe um de seus rins a um filho (os rins são órgãos duplos), embora tal doação acarrete diminuição permanente da integridade. Vale lembrar que uma lei especial regula o transplante de órgãos (Lei 9434/1997). Esta lei, como se vê, é anterior ao atual Código Civil, regulando a disposição *post mortem* e do corpo humano vivo, para transplante de tecidos, órgãos e partes do corpo.

Sobre a disposição corporal, diz o Código Civil:

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

A mencionada lei anterior – 9434, de 1997 – abrange a matéria dos artigos 13 e 14 do novo Código, porque cuida dos transplantes em vida e após a morte. A lei ainda regula crimes para os abusos, com penas de reclusão.

O art. 15 do Código Civil tem diverso alcance. Diz ele: “Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica”.

Com este artigo terminam as disposições que cuidam dos direitos sobre o próprio corpo.

Sem maiores indicações, o artigo seguinte – art. 16, regula o direito ao nome: “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.”

Há mais dois artigos a respeito do nome: artigo 17 que proíbe que se empregue o nome da pessoa em publicações ou representações, a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória; e o artigo 18, que proíbe o uso de nome alheio, sem autorização, em propaganda comercial. Já o artigo 19 equipara o pseudônimo, usado para atividades lícitas, à proteção dada ao nome. Vários outros direitos da personalidade são cuidados pelo artigo 20: escritos, transmissão da palavra

e imagem. Este artigo entende que, não sendo autorizadas ou não necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação pode ser proibida. Diz ainda o artigo que poderá haver indenização, se a divulgação atingir a honra, a boa fama ou a respeitabilidade ou se for destinada a fins comerciais.

Cuida também do direito à informação, já que fala em divulgação. Vemos que o artigo distingue a honra, a boa fama e a respeitabilidade, em geral incluídas no direito à honra.

Já o parágrafo único do artigo diz que são legitimados a requerer a proibição ou indenização os cônjuges, ascendentes ou descendentes, se a pessoa atingida for falecida.

O último artigo deste capítulo é o 21, que protege a privacidade: Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma. Note-se que o artigo fala em vida privada da pessoa natural, o que indica não incluir a pessoa jurídica. Ficaria esta sem proteção? Responde-se que não, porque, no artigo 52 o Código diz: “Art. 52. Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.

5. Casos controversos

5.1. Transexualismo - Os tribunais franceses, consoante opiniões médicas, dizem que “o sexo é resultante de componentes diversos: genético, morfológico, hormonal, e também psicológico e psicossocial” (GILLES GOUBEUX - Traité de Droit Civil, Les Personnes, n. 262, p. 232, LGDJ, 1989). Mas, no transexualismo, uma pessoa de sexo bem determinado tem convicção absoluta

de pertencer ao outro sexo e considera-se vítima de erro da natureza. Pode ser homem em corpo de mulher e mulher em corpo de homem. Em trabalho que escrevemos há longo ano tratava da matéria com a rubrica de “direito à autodeterminação sexual”. Entendíamos que o sexo tem sido considerado como elemento de identificação para o casamento, mas o termo não aparecia no Código Civil, nem ao regular o Direito de Família (o mesmo ocorre com o novo código).

A Constituição brasileira anterior (1967-1969) garantia a igualdade perante a lei “sem distinção de sexo”, mas a Constituição de 1988 não manteve o termo, dizendo:

Art. 5º - I – “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”. O Código Penal (de 1940) fala “Dos crimes contra a liberdade sexual”. Mas as leis pouco usam do termo sexo.

5.2. Mudança de sexo: Fala-se em autodeterminação sexual para significar a faculdade de alterar o sexo de nascimento da pessoa. Neste grupo de pessoas não se incluem os homossexuais, que têm atração por pessoas do mesmo sexo, nem as hermafroditas, que têm caracteres de ambos os sexos. O transexual deseja mudar de sexo, porque se sente aprisionado em corpo do sexo oposto e não suporta aquele que apresenta. Consta que a medicina pode apenas em parte satisfazer estes indivíduos, porque não se podem modificar os elementos cromossômicos, nem fazer que os órgãos modificados sejam aptos a procriar.

5.3. Aspectos jurídicos da mudança de sexo

a) Nome, registro e responsabilidade médica.

Uma consequência da mudança do sexo é a mudança do nome e a anotação no

registro. No Brasil, um dos primeiros casos de alteração do sexo gerou divergências judiciais. Um médico, em São Paulo, foi condenado em primeiro grau por lesão corporal gravíssima, entendendo o juiz que a vítima, embora homem, era doente – um homem com cérebro de mulher. Por isso, dizia o juiz, caberia tratamento psicanalítico. Mas, julgando o recurso, o tribunal reformou a sentença (por maioria), dizendo que o médico só queria curar e não prejudicar a pessoa. Na França, dizem os autores, a jurisprudência acabou aceitando o entendimento de que, provado o fato, cabe admitir a mudança de nome e, às vezes, só admitem a mudança do prenome.

b) Evolução no Brasil

O Conselho Federal de Medicina, em resolução n. 1482, de 10-9-1997, aceitou o transexualismo com disforia de gênero e a necessidade da psicoterapia, para redesignar o sexo. Disse que as cirurgias eram complexas e só os transgenitalizados podem pedir a mudança de nome em juízo. Salienta uma “decisão importante da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF), em agosto de 2007, que deu o prazo de 30 dias para que o Sistema Único de Saúde incluísse a mudança de sexo na lista de procedimentos cirúrgicos”. Cominou multa diária de R\$ 10.000,00 pelo descumprimento. A ação contra a União foi movida pelo Ministério Público Federal, alegando que a mudança de sexo dos transexuais pelo SUS é um direito constitucional.

Na França, os pedidos de mudança do estado civil dos transexuais levados a Corte de Cassação a dar “um dos exemplos mais característicos do papel criador da jurisprudência”.

É o que informa MICHÈLE BOUBAY-PAGÈS, citando J. MASSIP (De la bioéthique au bio-droit, direção de Claire Neirinck, pág. 113, LGDJ, Paris, 1994).

Em obra sobre a matéria, JOSÉ ROBERTO NEVE AMORIM afirma que:

“...comprovadas judicialmente as condições da pessoa, embora não haja legislação a respeito, somente a jurisprudência o admite, deve o pleito ser acolhido, autorizando-se a modificação de sexo e prenome no registro civil, porém seus efeitos serão *ex nunc*, ou seja, o passado não se apaga. A utilização da nova identidade vigorará a partir do trânsito em julgado da decisão judicial” (Direito ao Nome da Pessoa Física, São Paulo, ed. Saraiva, 2003, p. 63).

6. Novos aspectos.

1 – Estudos do sexo

Em artigo anterior, mencionamos uma notícia aparecida na Internet, na qual se dizia que os intersexuais quebram mito, dizendo: não somos apenas homens e mulheres.

Falava-se em um livro do imunologista americano GERALD CALLAHAN, intitulado *Between XX and XY – Intersexuality and the Mith of Two Sexes* (Entre XX e XY – Intersexualidade e o Mito de Dois Sexos). Diz este autor que certas pessoas nasceram com genitália ambígua, não sendo apenas homens ou mulheres. Uns têm genitália interna feminina e externa masculina. Há mulheres com 46 cromossomos (como o homem) e têm testículos e testosterona, mas apresentam genitália feminina. Diz o autor que a divisão em dois sexos já está ultrapassada.

2 - O direito ao parentesco

A matéria continua em evolução, como, aliás, todo o direito. Assim, em 24-3-2010, o Superior Tribunal de Justiça acatou a existência de um novo direito: o direito ao parentesco.

O Superior Tribunal de Justiça, julgando o Recurso Especial n. 807849 - oriundo do Rio de Janeiro-, tendo como relatora a eminente Ministra NANCY ANDRIGHI, entendeu, por maioria, que: "o direito ao parentesco, natural ou civil, é direito da personalidade". Este julgado, com longos votos, foi publicado na Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, n. 84, págs. 98 a 115. A douta relatora indica julgados alemães, que deram origem a nova norma do Código alemão.

3 - O direito do empregado

Em matéria trabalhista, passou-se a legislar em favor do empregado, muitas vezes vítima de preconceitos. Informa SANDRA LIA SIMÓN que o art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho autoriza o empregado a romper o contrato em alguns casos que se consideram infrações de direitos da personalidade. As alíneas a, b e c deste artigo cuidam de saúde psíquica e moral do trabalhador, falando em serviços superiores às forças do empregado, proibidos ou contra os bons costumes; tratamento com rigor excessivo e expor a perigo de mal considerável; e ato lesivo da honra e boa fama do empregado. Diz a autora que não há norma trabalhista cuidando da intimidade e da vida privada do empregado, na CLT, aplicando-se o art. 5º - X da Constituição (A Proteção Constitucional da Intimidade, LTr, 2000). A Constituição de 1988, em vigor, contém várias normas referentes ao contrato de trabalho, como se vê no art. 7º - e seus incisos:

XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI – proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII – proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos..

A Lei 9029, de 1995 diz no seu art. 1º. Fica proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego, ou sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade...

Outra lei introduziu um artigo na Consolidação das Leis do Trabalho: o art. 373-A, proibindo discriminações da mulher trabalhadora. É a Lei 9.799, de 1999.

Além disso, também se aplicam ao trabalhador as normas do novo Código Civil, já comentados no capítulo XX. A matéria vem sendo desenvolvida pela doutrina trabalhista nacional e estrangeira. Assim, aspectos da proteção à intimidade do trabalhador, como entrevistas vexatórias, revistas pessoais, escutas telefônicas, certidões negativas e atestados de antecedentes, exames médicos e outros semelhantes, como assédio sexual e assédio moral, são hoje limitados em benefício dos empregados. Vários trabalhos vêm sendo publicados entre nós, como, por exemplo, os artigos de RÚBIA ZANOTELLI DE

ALVARENGA, E ESTÊVÃO MALLET. Há também livros cuidando da matéria, como o de SANDRA LIA SIMÓN e ALEXANDRE AGRA BELMONTE.

Problemas da “fala de ódio”(“Hate Speech”). Como várias outras, nossa Constituição garante a liberdade de expressão (Art. 5º IV). Mas esta liberdade não vai ao ponto de permitir ofensas ou ataques a outrem.

Assim, racismo não é aceito pela mesma Constituição (art. 4º - VIII e art. 5º - XLII, dizendo este que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, a pena de reclusão, nos termos da lei”. A Lei 7.716, de 5-1-1989, define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.

Não só no Brasil, mas em outros países, a matéria vem sendo examinada. Interessante estudo foi publicado por DANIEL SARMENTO, intitulado -A Liberdade de Expressão e o Problema do “Hate Speech” (em Leituras Complementares de Direito Civil, organizado por Cristiano Chaves de Farias (Ed. Podium, 2007, p. 37-95). O autor faz uma apreciação das teorias e da jurisprudência, indicando o direito comparado e a jurisprudência. Mostra o autor que a liberdade de expressão, garantida pela Constituição, não é absoluta, e a lei, como a jurisprudência, condenam a expressão de ódio (se podemos traduzir do inglês (ao pé da letra – discurso odioso, ou fala odiosa).

O autor parte de exemplo em que nossa Suprema Corte decidiu o chamado caso Ellwanger, que foi condenado por crime de racismo, concordando com o julgado, e analisa casos da jurisprudência estrangeira (Estados Unidos, Canadá, Alemanha, e o sistema internacional dos direitos humanos, fundado nos tratados internacionais. Conclui o autor que o Brasil está certo, embora se deva ter cautela, “para que os nobres objetivos de promoção da tolerância e de defesa dos direitos humanos dos excluídos não resvalam para a perigosa tirania do politicamente correto”.

4 – Outros aspectos.

Outros casos ainda apresentam questões de ofensa aos direitos da personalidade como notícias da imprensa ou outros meios de comunicação, relações da informática, experiências científicas e vários outros decorrentes do progresso, que não podemos enfrentar em pequeno artigo.

ORTOTANÁSIA - PROJETO DE LEI Nº 6715/2009

Parecer

REFERÊNCIA: - Indicação nº 003/2012, do Dr. Victor Farjalla, ilustre Quarto Secretário/IAB, sobre o Projeto de Lei nº 6715/2009, de autoria do Senador Gerson Camata, que busca alterar o "Decreto-lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - para excluir de ilicitude a ortotanásia".

EMENTA: - Projeto de Lei nº 6715/2009.

Projeto que pretende alterar o Código Penal vigente para excluir de ilicitude a ortotanásia. Diferenças conceituais entre eutanásia, distanásia e ortotanásia: - a primeira antecipa a morte; a segunda prolonga, de maneira obstinada e por meio artificial, a vida, causando sofrimento desnecessário ao enfermo terminal (**obstinação terapêutica**); a terceira busca "a morte digna" e "no tempo certo", sem abreviações desnecessárias e sem sofrimentos adicionais (**cuidado paliativo**), sempre respeitando a vontade do enfermo terminal ou de seu representante legal (**autonomia da vontade**). **Eutanásia social** ou **mistanásia** (grande massa de doentes e deficientes não ingressa no sistema de saúde por ser esse ausente ou precário; pacientes crônicos ou terminais vítimas de erros médicos ou de más práticas por motivos

econômicos, científicos ou sociopolíticos, além de outros fatores). Ética médica e interpretação atual do direito vigente (Sentença na ACP nº 2007.34.00.014809-3). A ortotanásia (ou morte no tempo certo) encontra respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana de que trata o art. 1º, inciso III, da CRFB. Projeto que deve ser recepcionado pelo IAB.

RELATÓRIO

O Projeto de Lei em epígrafe pretende alterar o Código Penal para excluir de ilicitude a **ortotanásia**, dispondo, em seu art. 1º, que **“o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 136-A:**

“Art. 136-A. Não constitui crime, no âmbito dos cuidados paliativos aplicados a paciente terminal, deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários, em situação de morte iminente e inevitável, desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 1º A situação de morte iminente e inevitável deve ser previamente atestada por 2 (dois) médicos.

§ 2º A exclusão de ilicitude prevista neste artigo não se aplica em caso de omissão de uso de meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal.”

Em seguida, o art. 2º do PL em exame estabelece que a lei que dele decorre entrará **"em vigor após decorridos 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial."**

Por se tratar de matéria de considerável relevância jurídica, o Sr 4º Secretário deste Instituto, Dr. Victor Farjalla, houve por bem de encaminhar à Presidência, em conformidade com o art. 23, do IAB, o texto do projeto de lei em análise, sugerindo a conversão em indicação para posterior envio às Comissões e/ou designação de relator, nos termos do art. 30 do regimento interno.

Em consequência, o Presidente deste Instituto encaminhou, conforme Despacho nº 272, a indicação para a Comissão Permanente de Direito Penal, cuja presidência, por sua vez, nomeou, em 19 de janeiro do corrente ano, pelo Ofício SC-59/2012-CPDPENAL, o signatário como Relator, assinando-lhe o prazo de 30 (trinta dias) para apresentação de parecer.

Referido ofício, encaminhado por via postal, foi recebido em 27 de janeiro do ano em curso (sexta-feira).

É O RELATÓRIO.

Passemos ao exame da questão proposta.

I. ORTOTANÁSIA E SUA COMPREENSÃO.

A pretensão legislativa no sentido de excluir de ilicitude a chamada **ortotanásia** aborda tema polêmico, que tem sido debatido no mundo inteiro. A questão não é nova e alcança vários campos do conhecimento humano e da sociedade em geral, além do Direito e da Medicina, interessando, inclusive à Religião, que está sempre presente, como não poderia deixar de ser, nos temas relacionados à existência.

Películas cinematográficas, como "Mar adentro" (que narra a história de Ramón Sampedro, que lutou até o último dia de sua vida para legalizar a eutanásia na Espanha), "Menina de Ouro" e "Invasões Bárbaras" (em que um filho faz de

tudo para que seu pai, doente terminal, tenha um final de vida digno), reacenderam a velha polêmica em torno da chamada eutanásia.

Durante muito tempo utilizou-se o termo **eutanásia** para rotular diversos fenômenos ligados à morte com intervenção. Por se tratar de um vocábulo polissêmico, atualmente os estudiosos de bioética têm procurado dar novos nomes a alguns conceitos relacionados ao fim da vida. Surgem, assim, novas denominações: - a) **eutanásia**; b) **distanásia**; c) **ortotanásia**; d) **recusa de tratamento médico e limitação consentida de tratamento**, esta compreendendo entre outras medidas, a **retirada de suporte vital (RSV)**, a **não oferta de suporte vital (NSV)** e a **ordem de não ressuscitação ou de não reanimação (ONR)**; e, finalmente - e) **suicídio assistido**¹.

Ocupar-nos-emos, entretanto, em distinguir apenas as três primeiras categorias acima elencadas (**eutanásia, distanásia e ortotanásia**) por interessarem mais de perto a este trabalho, face à confusão conceitual que provocam, dificultando sobremaneira todo e qualquer debate a respeito. Outras categorias serão vistas e comentadas incidentalmente no curso da presente análise.

Etimologicamente, o termo eutanásia, do grego **eu** (bem; de boa constituição) e **thanasia** (morte), significa boa morte ou morte sem dor, tranquila, sem sofrimento. Segundo o dicionário "**Novo Aurélio**", em uma primeira acepção eutanásia significa "morte serena, sem sofrimento"; em outra acepção mais atual vem a ser "**a prática, sem amparo legal, pela qual se busca abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um doente reconhecidamente incurável**" ² (o grifo não consta no original). Utilizando

¹ - O **suicídio assistido** significa a retirada da própria vida com a participação de terceiro. O ato de execução, causador da morte, é realizado pelo próprio suicida. O terceiro participa do ato por meio de **indução** (que age sobre a vontade do enfermo, interferindo em sua liberdade de ação), **instigação** (o terceiro alimenta, reforça, estimula, enfim, a vontade preconcebida do enfermo) ou **auxílio** (o terceiro fornece os meios para que o sujeito passivo possa realizar o suicídio). O **suicídio com a assistência médica** é espécie de **suicídio assistido**, sendo, nos termos da legislação em vigor, crime de **participação em suicídio** previsto no art. 122, do Código Penal. Na Suíça é permitido por lei o **suicídio assistido**.

² - **FERREIRA**, Aurélio Buarque de Holanda, in "**Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**" – 3ª Ed. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999 – verbete "eutanásia".

a concepção atual da expressão, só é admissível falar em eutanásia quando ocorre a morte movida por piedade, por compaixão em relação ao paciente vítima de doença incurável. Se a doença for curável não há que se falar em eutanásia. Segundo o Código Penal em vigor, aquele que, movido por sentimento de piedade, antecipa a morte de um enfermo incurável responde por homicídio privilegiado (art.121, § 1º - motivo de relevante valor moral) ¹.

Por sua vez, **distanásia** (de **dys**, ato defeituoso, + **thanasia**, morte) significa **“morte lenta, ansiosa e com muito sofrimento”** ², ou seja, **é o contrário de eutanásia**. Trata-se, na realidade, do prolongamento exagerado da agonia, do sofrimento e da morte de um paciente, ou, em outras palavras, distanásia vem a ser o tratamento inútil, cuja consequência é uma morte medicamente lenta e prolongada, acompanhada quase sempre de sofrimento. Nesta conduta não se prolonga propriamente a vida, mas sim o processo de morrer. É a **“obstinação terapêutica” (L’acharnement thérapeutique)**, como chamam os franceses, ou **“futilidade médica” (medical futility)**, como denominam os ingleses e estadunidenses.

Se de um lado não se admite, ainda que por motivos piedosos, a antecipação da morte do enfermo incurável (eutanásia), não é possível permitir, da mesma forma, a tentativa de retardar a morte o máximo possível, empregando-se obstinadamente todos os meios possíveis, ordinários e extraordinários ao alcance, proporcionais ou não, ainda que isso implique em causar dores e sofrimentos intermináveis a uma pessoa em estado terminal, sem esperança de cura. Trata-se aqui de prolongamento artificial e indigno da vida, ou melhor, da agonia do paciente, impondo-lhe e a seus parentes pesados ônus, quer no âmbito moral quer no econômico.

A reflexão bioética e, especialmente, a discussão ética referente à distanásia não podem esquecer o contexto mais amplo (**macrossocial**) não só do Brasil,

¹ - Cf. **BITTENCOURT**, Cesar Roberto, in **“Tratado de Direito Penal”** – vol. 2 – Parte Especial, 6ª edição, 2007, S. Paulo, Editora Saraiva, p. 46 e **GRECO**, Rogério, in **“Curso de Direito Penal”**, vol. II, 2ª edição, 2006, Niterói, RJ, Editora Impetus, ps. 172 e 173.

² - **FERREIRA**, Aurélio Buarque de Holanda – op. cit., verbete “distanásia”.

mas da América Latina em geral, onde crescem a exclusão e a desigualdade, que reduzem, por isso mesmo, as oportunidades de viver com dignidade e em que o processo de morrer se configura em abreviação coletiva da vida. Trata-se da eutanásia social, também chamada **mistanásia**¹, a morte miserável, que ocorre, entre outras circunstâncias, quando uma grande massa de doentes e deficientes não ingressa no sistema de saúde por ser ausente ou precário (**mistanásia passiva**), ou quando doentes crônicos ou terminais são vítimas de erro médico, por diagnóstico equivocado, ou, ainda, quando pacientes são vítimas de má prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos, como, v. g., quando um médico intencionalmente retira órgão vital de indivíduo com esperança de vida ².

Temos, assim, de um lado a eutanásia, como abreviação da vida, e de outro, a distanásia, como o prolongamento da agonia, do sofrimento da morte e a postergação de sua chegada. Entre os dois extremos se encontra a atitude que honra a dignidade humana e preserva a vida: - é a que muitos bioeticistas chamam de **ortotanásia** (do grego **orthós, é, ón** - El. comp.= "direito", "reto", "normal", "em linha reta ou direita" ³ + thanasia) para falar da morte digna, sem abreviações desnecessárias e sem sofrimentos adicionais, isto é, "**a morte em seu tempo certo**". Diferentemente da eutanásia, a ortotanásia é sensível ao processo de humanização da morte, ao alívio das dores e não incorre em prolongamentos abusivos, com a aplicação de meios desproporcionais que só produzem sofrimentos adicionais.

¹ - V. Site: - Http: www.3w3search.com/chronos/Chr_02.html - Visitado em fev. - 2012.

² - Considera-se também eutanásia social ou mistanásia o extermínio de pessoas consideradas "indesejáveis", como ocorreu na Segunda Guerra Mundial nos campos de concentração nazistas.

³ - **FERREIRA**, Aurélio Buarque de Holanda, op. cit., verbete "**ortos**".

II. EUTANÁSIA E ORTOTANÁSIA NO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL DE 1999.

O último anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, apresentado em 1999¹, criava expressamente, em seu art. 121, § 3º, o crime de **eutanásia**, que, assim, se separava do homicídio, dito privilegiado, por motivo de relevante valor moral (art. 121, §1º, do atual C. Penal, e art. 121, § 2º, do anteprojeto), cuja ocorrência permite a redução de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço) da pena, deixando de ser **causa especial de diminuição de pena** para se tornar **tipo derivado**, com dosimetria própria, menos gravosa, como pode ser visto. Eis a descrição típica do delito de eutanásia dada pelo aludido anteprojeto:

"Eutanásia

§ 3º Se o autor do crime agiu por compaixão, a pedido da vítima, imputável e maior, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave:

Pena – Reclusão, de três a seis anos."

Além disso, o anteprojeto já visava excluir de ilicitude a **ortotanásia**, em seu § 4º, a exemplo do que pretende o PL em exame, como se vê abaixo:

"Exclusão de ilicitude

§ 4º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente, ou na impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão."

¹ - Referido anteprojeto foi apresentado em 1999, sendo Ministro da Justiça o Sr. Renan Calheiros. Os trabalhos foram iniciados ao tempo do Senador Iris Rezende. O Ministro Luiz Vicente Cernichiaro presidiu e coordenou a comissão redatora, constituída pelos seguintes membros: Licínio Leal Barbosa, Damásio de Jesus, Dirceu de Mello, João de Deus Lacerda Menna Barreto, Nei de Moura Teles, Luiz Alberto Machado, Ela Viecko de Castilho, Sérgio Médici, Nabor Bulhões e o pranteado Ministro Evandro Lins e Silva, como consultor.

Como se vê, a descrição da excludente de ilicitude pelo PL em é bem mais minuciosa do que a que se observa no frustrado anteprojeto de 1999, pois a omissão permitida deve ocorrer **"no âmbito dos cuidados paliativos"**; e, em vez da expressão **"deixar de manter a vida de alguém por meio artificial"**, como constava no anteprojeto, o PL usa a expressão **"deixar de fazer uso de meios desproporcionais e extraordinários"** (conforme art. 136-A que se pretende incorporar ao Código Penal), bem mais completa, pois exclui os meios **proporcionais e ordinários** do permissivo legal. Aliás, como se não bastasse a interpretação **a contrario sensu** do citado dispositivo, o § 2º, do pretendido art. 136-A, enfatiza a advertência de que **"a exclusão de ilicitude" (...) "não se aplica no caso de omissão de uso de meios terapêuticos ordinários e proporcionais devidos a paciente terminal"**.

III. ÉTICA MÉDICA, INTERPRETAÇÃO DO DIREITO VIGENTE E O POSICIONAMENTO RELIGIOSO.

Em magistral estudo sobre o tema, intitulado **"A morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida"** ¹, os juristas Luis Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel, defendem a **ortotanásia**, com base no princípio da dignidade da pessoa no art. 1º, inciso III, da CRFB, asseverando que a mesma **"identifica a morte no tempo certo, de acordo com as leis da natureza, sem o emprego de meios extraordinários ou excepcionais de prolongamento da vida"**, sendo que **"a limitação consentida de tratamento e os cuidados paliativos"** constituem **"elementos essenciais a ela associados"**.

Ao final desse profundo trabalho, Luis Barroso e Letícia Martel concluem que **"admitida a ortotanásia como uma fórmula intermediária capaz de produzir consenso entre diferentes visões do tema da morte com intervenção, quatro idéias centrais devem ser trabalhadas pela comunidade médica, jurídica e pela sociedade: a) a limitação**

¹ - **BARROSO**, Luis Roberto e **MARTEL**, Letícia de Campos Velho, in **"A morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no Final da Vida"**, publicado na **"Revista da EMERJ"** (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), vol. 13, nº 50, Abril, Maio e Junho – 2010. Pp. 19 *usque* 63.

consentida do tratamento; b) o cuidado paliativo e o controle da dor; c) os Comitês Hospitalares de Bioética; e d) a educação dos profissionais e a informação do público”¹.

Nessa obra, os autores citados demonstram o descompasso entre a interpretação dominante do direito vigente e a ética médica, defendendo a Resolução nº 1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina, a qual, procurando contornar as deficiências e insuficiências do vetusto Código Penal em vigor, pretendeu dar suporte à ortotanásia, tendo sido, no entanto, suspensa por força de decisão judicial, de 23 de outubro de 2007, que acolheu o pedido de tutela antecipada na Ação Civil Pública nº 2007.34.00.014809-3, proposta pelo Procurador Regional dos Direitos do Cidadão/ 1ª Região, Dr. Wellington Divino Marques de Oliveira, perante a 14ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal (Brasília)².

Veja-se abaixo a Ementa da Resolução CFM nº 1.805/2006³:

“Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal”.

Referida resolução, com exposição de motivos fundamentada basicamente no princípio da **dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB)** e no estabelecimento de que **“ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, da CRFB)**, dispõe,

¹ - **BARROSO**, Luis Roberto e **MARTEL**, Letícia de Campos Velho, op. cit. p. 63.

² - V. inteiro teor da decisão no Apêndice nº 1, que ilustra o presente parecer. V. também em [Http://www.df.trf1.gov.br/.../2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc](http://www.df.trf1.gov.br/.../2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc). - Visitado em fevereiro de 2012.

³ - V. Site: [Http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_476-486.pdf](http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_476-486.pdf) - Revista **"BIOETHYKOS"**- Centro Universitário São Camilo - 2010; 4 (4): 476 - 486. V. também **BARROSO**, Luis Roberto e **MARTEL**, Letícia de Campos Velho, op. cit., p. 63. A resolução do CFM pode ser vista, na íntegra, no apêndice nº 2, que acompanha o presente parecer.

em seu art. 1º, que **“é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”**. O § 1º de referido artigo estabelece que **“o médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou a seu representante legal as modalidades terapêuticas adequadas a cada situação”**. Por sua vez, o § 2º determina que **“a decisão de que trata o caput deve ser fundamentada e registrada em prontuário”**, sendo **“assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica”** (§ 3º). O artigo 2º, por sua vez, dispõe sobre os **cuidados paliativos** e o **controle da dor**, estabelecendo que **“o doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar”**.

A resolução nº 1.805/2006, do C. F. M., embora tenha sido suspensa por decisão judicial liminar, acabou sendo validada posteriormente pela Justiça Federal de Brasília, por Sentença de 1º de dezembro de 2010, da lavra do Juiz Federal Substituto da 14ª Vara Federal, Roberto Luis Luchi Demo, por ocasião do julgamento da Ação Civil Pública pelo M. P. F.

Ocorre que em agosto de 2010 a Procuradora Luciana Loureiro, que sucedeu o Procurador Wellington de Oliveira no processo supramencionado, afirmou que a pretensão deduzida em juízo estava confundindo os conceitos de ortotanásia com eutanásia. Assim, com base no novo parecer do M. P. F. e em outras manifestações favoráveis à ortotanásia, o Juiz Roberto Luis Luchi Demo revogou a medida liminar concedida anteriormente e julgou improcedente o pedido formulado naquela ação civil pública. Logo ao início de sua fundamentação o Magistrado afirmou o que segue: - **“Alinho-me à tese defendida pelo Conselho Federal de Medicina em todo o processo e pelo Ministério Público Federal em suas alegações finais, haja vista que traduz, na perspectiva da resolução questionada, a interpretação mais adequada do Direito em face do atual estado de arte da Medicina.**

E o faço com base nas razões da bem lançada manifestação da ilustre Procuradora da República Luciana Loureiro Oliveira". Em sua bem fundamentada decisão o Magistrado buscou respaldo também no pensamento de ilustres juristas, com destaque para Luiz Flávio Gomes e Luis Roberto Barroso, cujo brilhante trabalho, que ilustra o presente parecer, decerto pesou bastante na decisão definitiva do processo ¹.

Em sua magnífica Sentença, o referido Juiz louvou-se inclusive na posição religiosa sobre o tema, frisando que **"nem mesmo o receio de "o médico estar errado" ou a possibilidade – ainda que remotíssima – "de um milagre reverter o quadro" de um doente terminal impediu o vaticano de realizar a vontade do Papa João Paulo II, de não mais submeter a tratamento com sofrimento e que não lhe traria a cura para uma doença já terminal, em estado avançado. E, atente-se," ... prossegue ... "estamos falando da Igreja Católica, que aceita a ortotanásia, não obstante reconheça a sacralidade do valor da vida"**. Em seguida, o Magistrado informa que **"a posição manifestada pela CNBB – Conferência Nacional dos Bispos no Brasil se baseia na Encíclica Evangelium vitae (O Evangelho da vida, 1995), que permite ao doente renunciar ao "excesso terapêutico", quando este não lhe possa trazer mais benefícios"**.

Aliás, muito antes da **Encíclica Evangelium vitae**, 1995, a Igreja Católica já havia se pronunciado de forma favorável à **ortotanásia**, embora censurando e condenando veementemente a **eutanásia**, conforme pode ser visto na **"Declaração sobre a Eutanásia"**, da **Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé, de 5 de maio de 1980**², em que se salientou que **"é sempre lícito contentar-se com os meios normais que a medicina pode proporcionar. Não se pode, portanto, impor a ninguém a obrigação de recorrer a uma técnica que, embora já em uso, ainda não está isenta**

¹ - V. Site já referido: [Http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_476_486.pdf](http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_476_486.pdf). Revista **"BIOETHIKOS"** - Centro Universitário São Camilo – 2010; 4 (4):476-486. A decisão referida junto com a Resolução do CFM acompanha, em Apêndice (nº 2), o presente Parecer.

² - V. Site://Http: www.vaticano.va/roman_curia/congregations/cfaif. Visitado em fev. - 2012.

de perigos ou é demasiado onerosa. Recusá-la não equivale a um suicídio; significa, antes, aceitação da condição humana, preocupação de evitar pôr em ação um dispositivo médico desproporcionado com os resultados que se podem esperar, enfim, vontade de não impor obrigações demasiado pesadas à família ou à coletividade”.

Em seguida, foi asseverado que **“na iminência de uma morte inevitável, apesar dos meios usados, é lícito em consciência tomar a decisão de renunciar a tratamentos que dariam somente um prolongamento precário e penoso da vida, sem, contudo, interromper os cuidados normais devidos ao doente em casos semelhantes. Por isso o médico não tem motivos para se angustiar, como se não tivesse prestado assistência a uma pessoa em perigo”**.

Por fim, foi apregoado, em conclusões, que **“aqueles que exercem profissões destinadas a cuidar da saúde pública, nada hão de negligenciar para colocar ao serviço dos doentes e dos moribundos toda a sua competência; mas lembrem-se de lhes prestar também o conforto muito mais necessário de uma bondade imensa e de uma ardente caridade”**. Trata-se aqui dos cuidados paliativos e do controle da dor.

Como se vê, entre a idéia de se abreviar, sem dor ou sofrimento, a vida de um enfermo em estado terminal, vítima de doença grave e incurável (eutanásia), e a de retardar ao máximo a morte, com emprego de meios extraordinários e desproporcionais, de alto custo (distanásia), surge agora com mais força a ortotanásia, que, à luz da dignidade humana como princípio, identifica a morte no tempo certo, de acordo com as leis da natureza, sem emprego de meios extraordinários e excepcionais. A Medicina já a contempla, haja vista a resolução supramencionada, validada agora por decisão judicial, que se apoiou em notáveis pareceres de juristas de expressão, como Luis Flávio Gomes, Luis Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel entre outros. A ortotanásia, como visto, ganha força também no Direito. Já tem sido igualmente aceita no meio religioso, face aos pronunciamentos da Igreja Católica a respeito, que, aliás, contribuíram para a Sentença que veio a validar o entendimento do CFM.

De tal arte, verifica-se que o Projeto de Lei nº 6715/2012 surge em boa hora para espancar de vez as dúvidas que ainda possam ocorrer ante a confusão que ainda se faz entre as concepções de eutanásia e ortotanásia.

IV. O PROJETO DE LEI Nº 6715/2009.

Pelo PL em exame, configura-se a **ortotanásia** com a reunião dos seguintes requisitos: - (a) **deixar de fazer uso de meios extraordinários e desproporcionais**; b) **em situação de morte iminente e inevitável previamente atestada por 2 (dois) médicos**; c) **desde que haja consentimento do paciente, ou em sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão**. Atente-se **que não se exclui de ilicitude a omissão de meios ordinários e proporcionais**.

Assim, a ortotanásia, tal como descrita no dispositivo que se quer acrescentar ao Código Penal, deixa de ser crime por falta de um de seus elementos constitutivos - a **ilicitude** ou **antijuridicidade** -, isto é, embora típico o comportamento omissivo (antijuridicidade formal), deixa, no entanto, de ser ilícito (antijuridicidade material).

Poder-se-ia indagar quanto à posição topográfica do dispositivo sobre a ortotanásia (art. 136-A), posto pelo legislador no capítulo inerente à **“periclitção da vida e da saúde”** (Cap. III, do Título I, da Parte Especial, do Código Penal vigente), logo após o crime de “maus tratos” (art. 136), em vez de colocá-lo no capítulo que trata dos **“crimes contra a vida”** (Cap. I, do Título I, da Parte Especial, do atual Código Penal), figurando como § 3º, do art. 121 (homicídio), passando os atuais §§ 3º, 4º e 5º para 4º, 5º e 6º, ou, se preferível, colocando a nova excludente de ilicitude como art. 121-A.

Entretanto, deve ser observado que o comportamento assinalado como discriminante refere-se a todo crime omissivo próprio e independe de qualquer resultado naturalístico. Sabe-se, por outro lado, que o homicídio por omissão só ocorre em virtude da posição de garante ocupada pelo agente, isto é, quando aquele que ocupa a posição de garantidor deixa de fazer aquilo que estava obrigado, visando causar a morte da pessoa (crime comissivo por omissão ou omissivo impróprio). Assim, a conduta omissiva, nas

circunstâncias descritas pela discriminante em análise, retira a condição de garantidor de quem quer que seja (médico ou não), que dessa forma não estará cometendo nenhum crime de dano ou de perigo de dano.

Em tais condições, há que se entender devidamente adequada a posição topográfica da excludente de ilicitude escolhida pelo legislador (art. 136-A), qual seja, entre os **“crimes de periclitção da vida e da saúde”**, que constituem infrações subsidiárias em face dos crimes de dano, isto é, afasta-se a punição pela infração penal de perigo sempre que o dano vier a ocorrer.

V. REFLEXÕES SOBRE O TEMA.

Atente-se que não se trata de defender o direito de morrer. Não há esse direito. Mas é possível optar-se por uma **morte digna**, sendo a mesma iminente e inevitável, com cuidados paliativos e controle da dor.

A morte é uma fatalidade, faz parte da existência, é certa quanto ao acontecimento, embora incerta quanto à data, não se devendo em nenhuma hipótese antecipá-la. A vida é o bem mais precioso que se possui e sua perda é de recuperação impossível, razão pela qual o direito à vida é inviolável e indisponível, nos termos do art. 5º, da CRFB. Embora sejamos donos da vida, dela não podemos dispor. Todavia, a pessoa humana tem o direito de viver dignamente (art. 1º, III, da CRFB) até que a morte surja no seu momento próprio, de acordo com as leis da natureza. Ninguém pode ser **“submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”** (art. 5º, III, da CRFB), por isso é inadmissível a protelação interminável da chegada do derradeiro momento, prolongando-se de maneira desumana o sofrimento e a agonia do enfermo terminal, com tratamentos excepcionais, desproporcionais e aos quais, por serem sobremaneira dispendiosos, grandes massa da população, hipossuficiente, assistida em hospitais públicos, carentes de recursos, não tem acesso (eutanásia social), como já se frisou. Não é possível querer ludibriar Tânatos, o Gênio da morte ¹, como fez Sísifo ¹, que tendo sido

¹ - **Tânatos** (G. Thánatos) – Gênio Masculino que personificava a morte, irmão de Hipnos (o Sono) e filho como ele de Nix (a Noite). Cf. **KURY, Mário da Gama**, in **“Dicionário de Mitologia Grega e Romana”**, 5ª Edição – Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1999, verbete “Tânatos”.

procurado por ele (Tânatos), usou de sua astúcia e acorrentou-o de tal maneira que ninguém mais morria. O próprio Zeus teve que compelir Sísifo a libertar Tânatos. Quando Sísifo morreu definitivamente foi-lhe imposto no inferno o castigo eterno de ter de rolar até o alto de uma colina uma grande pedra, que ao chegar ao topo rolava novamente para baixo, tarefa que recomeçava incessantemente.

Segundo o filósofo francês Albert Camus ², o sentido desse castigo era o de provar aos homens a inutilidade e o absurdo de iludir a morte, ou em outras palavras, provar a supremacia da morte contra a eficácia de todos os meios humanos para evitá-la. A punição de Sísifo pretendeu fazer com que ele percebesse, por outro lado, a monotonia repetitiva da imortalidade. Passar a eternidade carregando aquela enorme pedra pela montanha acima!... É Camus, o filósofo do absurdo, que nos confronta com essa ideia. Diz ele que Sísifo é o herói do absurdo, **"tanto por causa de suas paixões como por seu tormento. Seu desprezo pelos deuses, seu ódio à morte e sua paixão pela vida lhe valeram esse suplício indizível no qual todo ser se empenha em não terminar coisa alguma. É o preço que se paga pelas paixões desta Terra."**

Ocorreu-nos fazer uma comparação entre o esforço de Sísifo para aprisionar a morte e tentar paralisar a sua missão nefasta e o empenho obstinado de se prolongar o processo de morrer quando não há mais esperança de vida. E todo o esforço terapêutico, com utilização de meios desproporcionais e extraordinários, só retarda, na verdade, o inevitável, prolongando a agonia e o sofrimento humano, tudo com base na crença popular de que **"enquanto há**

¹ - **Sísifo** (Sísyphos). Filho de Éolo (deus dos ventos), casado com Merope (uma das Plêiades) e descendente de Deucalião. Foi o fundador de Éfira, que mais tarde veio a se chamar Corinto. Era o mais astuto dos homens. Uniu-se a Anticléia no dia em que esta se casava com Laerte, nascendo dessa união Odisseus (Ulisses), que herdou a astúcia do pai. Cf. **KURY, Mário da Gama**, in op. cit., verbete Sísifo.

² - V. **CAMUS**, Albert, in **"O Mito de Sísifo"** – Trad.: Ari Roitman e Paulina Watch. – 8ª Ed.. – Rio de Janeiro – Editora Record, 2010, pp. 137 usque 141.

vida há esperança". A quem interessa manter durante anos uma pessoa **"morta em vida"**?

É importante o estudo dos mitos porque eles nos ajudam a pensar, já que são feitos para que a imaginação os anime. Os cientistas têm em si um desejo impossível, utópico, um anseio pretensioso, ousado mesmo, de tornar o homem imortal. Mas, a realidade dos objetivos da ciência por enquanto só pode ser resumida como o fez Píndaro, citado por Camus: **"Ó minha alma, não aspireis à vida imortal. Mas esgota o campo possível."**

Morrer, sim, mas na hora certa e com dignidade. A isso se propõe a ortotanásia, procurando sempre respeitar a vontade do enfermo terminal ou, na sua impossibilidade, de seu representante legal, sem se descuidar do tratamento paliativo e do controle da dor.

VI. CONCLUSÃO.

Em conclusão, o Projeto de Lei nº 6.715/2012, segundo nosso entendimento, merece ser devidamente recepcionado, eis que chega a bom tempo, atendendo aos reclamos de vários campos do saber e da sociedade em geral.

Como se demonstrou, a eutanásia consiste na abreviação, provocada por terceiro, intencionalmente e por motivo piedoso, da vida de um enfermo terminal. Não se confunde com o suicídio assistido que é a retirada da própria vida com a participação de terceiro (que induz, instiga ou presta auxílio para o gesto fatal). Por sua vez, a distanásia é o retardamento máximo de uma vida já sem esperanças, com emprego de meios extraordinários e desproporcionais, que prolongam inutilmente a dor, a agonia e o sofrimento, muitas vezes condenando o enfermo a uma vida vegetativa, ligada a aparelhos por longos anos. A ortotanásia, que se fundamenta e se justifica no respeito à dignidade da pessoa humana, identifica a morte no tempo certo, segundo as leis da natureza, sem o emprego de meios extraordinários e desproporcionais, sempre respeitando a vontade do enfermo quanto à limitação do tratamento e aos cuidados paliativos.

Em tais condições, urge que se descriminalize, por lei, o emprego da ortotanásia, dentro das condições estabelecidas pelo PL em exame, cujo texto

está de acordo com a ética médica (esta já referendada judicialmente), com os estudos bioéticos e com o posicionamento de respeitáveis juristas brasileiros, além de contar com a aceitação religiosa.

Logo, nosso posicionamento é pela **aprovação** do Projeto de Lei nº 6.715/2009, que bem merece a acolhida do **Instituto dos Advogados Brasileiros**.

É o parecer, S. M. J.,

Rio de Janeiro, 14 de fevereiro de 2012.

REFERÊNCIAS:

- 1. BARROSO**, Luis Roberto e **MARTEL**, Letícia de Campos Velho, in **"A morte como ela é: Dignidade e Autonomia Individual no fim da vida"**, publicado na **"Revista da EMERJ"** (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro), vol. XIII, nº 50, abril, maio e junho – Rio de Janeiro - 2010.
- 2. BITTENCOURT**, Cesar Roberto, in **"Tratado de Direito Penal"** – Vol. 2 – Parte Especial – 6ª edição - 2007, São Paulo: Ed. Saraiva.
- 3. CAMUS**, Albert, in **"O Mito de Sísifo"** – Título original em francês: **"Le Mythe de Sisyphe"** – Trad.: Ari Roitman e Paulina Watch – 8ª edição – 2010 – Rio de Janeiro – Ed. Record.
- 4. FERREIRA**, Aurélio Buarque de Holanda – in **"Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa"** – 3ª edição – 1999 – Rio de Janeiro – Nova Fronteira.
- 5. GRECO**, Rogério, in **"Curso de Direito Penal"**, vol. II, 2ª edição – 2006 – Niterói, RJ – Editora Ímpetus.
- 6. KURI**, Mário da Gama, in **"Dicionário de Mitologia Grega e Romana"** – 5ª edição – 1999 – Rio de Janeiro – Jorge Zahar Editora.

SITES VISITADOS (por ordem de apresentação):

1. [Http:WWW3wsearch.com/chronos/Chr_02.html](http://WWW3wsearch.com/chronos/Chr_02.html) - visitado em fev. - 2012-02-12;
2. [Http:WWW.df.trf1.gov.br/.../2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc](http://WWW.df.trf1.gov.br/.../2007.34.00.014809-3_decisao_23-10-2007.doc). - visitado em fev. - 2012;
3. [Http://WWW.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_476-486_pdf](http://WWW.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/80/Bioethikos_476-486_pdf) - Visitado em fev. - 2012-02-12;
4. [Http:WWW.vaticano.va/roman_curia/congregations/cfait](http://WWW.vaticano.va/roman_curia/congregations/cfait) – Visitado em fev. – 2012.

Ronaldo Lastres Silva, OAB/RJ – 20.174 - IAB nº 2.694, Membro da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros

FAMÍLIA E RELAÇÕES DE PODER

Breve análise da teoria de Foucault e as alterações no núcleo familiar

Helen Cristina Leite de Lima Orleans

“Do modo como a concebemos, a vida em família não é mais natural para nósdo que uma gaiola é para um papagaio”.

George Bernard Shaw

SUMÁRIO: Introdução. 1. Breves notas sobre Michel Foucault e as relações de poder. 2. A Constituição de 1988 e o direito de família. 3. Considerações finais. 4. Referências.

INTRODUÇÃO

Busca-se no presente estudo tecer alguns comentários sobre tema muito relevante: a evolução da legislação e da sociedade que culminou na atual configuração da família no Brasil. A hipótese ganhou grande repercussão, sobretudo após a Constituição de 1988, que se revelou verdadeiro marco na matéria ao trazer direitos e garantias que antes não estavam expressos na legislação. Desse modo, todo o ordenamento jurídico pátrio foi transformado para se adequar aos seus princípios, numa verdadeira virada axiológica acerca do tema. Deve, portanto, ser feita uma nova leitura da família e seu papel na sociedade, como será demonstrado nos próximos tópicos.

Como parâmetro filosófico para análise da questão, serão utilizadas as lições de Michel Foucault, oriundas, sobretudo, de sua visão muito particular de poder. Autor francês consagrado em vários países, Foucault se dedicou a amplo elenco de assuntos, dentre os quais se destaca a idéia de que o poder não se resume ao Estado. Para o autor, o poder estaria dissolvido pelos mais diversos contextos sociais, sendo a família mais um desses *locus* de manifestação do poder. Partindo dessa premissa, o presente estudo pretende demonstrar as alterações ocorridas no exercício e manifestação do poder dentro de um nicho específico: a família brasileira do final do século XX e começo do século XXI.

BREVES NOTAS SOBRE MICHEL FOUCAULT E AS RELAÇÕES DE PODER

Michel Foucault é, de forma inquestionável, um dos grandes nomes da filosofia contemporânea¹. Francês, filho de uma família de médicos, nascido em Poitiers em 1926 e falecido em 1984, foi professor de *História dos Sistemas de Pensamento* no *Collège de France*, entre 1970 e 1984. Aos 22 anos de idade já havia se formado em sociologia, e, aos 23, em psicologia. O autor percorreu inúmeros países ao longo de sua vida, o que colaborou na difusão de seu pensamento e de seu nome pelos mais diversos sistemas sociais e políticos².

¹ "Paul Michel Foucault (1926-84) foi, indiscutivelmente, um dos filósofos franceses mais significativos da segunda metade do século XX. Sua influência e a recepção de sua obra podem ser notadas pela fortuna crítica que cerca seu pensamento em toda a Europa, mas também, na América Latina – como, por exemplo, no Brasil, Argentina e Colômbia – na Ásia – especialmente no Japão – e nos Estados Unidos, onde os chamados Estudos Culturais, em certa medida, devem muito de seu impulso às pesquisas foucaultianas". VASCONCELLOS, Jorge. Foucault, pensador do presente. In: QUEIROZ, André e CRUZ, Nina Velasco e (Orgs.), *Foucault hoje?*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2007. p. 11.

² Nas palavras de GONDRA, José e KOHAN, Walter Omar. Apresentação: Foucault 80 anos. In: GONDRA, José e KOHAN, Walter (Orgs.). *Foucault 80 anos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006. p. 9: "As viagens de Foucault a diversos países e contextos se constituíram em um dispositivo privilegiado não apenas para a difusão do seu pensamento quanto, também, para ajudar a forjar as problemáticas de que se ocupou e, sobretudo, para compartilhar com outros o pensamento desde uma lógica da experiência que fazia parte insubstituível de seu modo de viver como intelectual".

Esse breve currículo, contudo, não basta para descrever. Em verdade, Foucault pretendeu discutir uma série de questões importantes, através de colocações inovadoras e propostas de ruptura com o pensamento tradicional. Em razão disso, por levantar posições muito avançadas para aquele momento histórico, seus escritos - mesmo aqueles iniciais, das décadas de 50 e 60 - demonstram impressionante afinidade com os problemas contemporâneos. Sendo assim, "a obra de Foucault é de enorme importância quando se trata de pensar criticamente o presente: indagar o que somos, o que estamos nos tornando e o que gostaríamos de nos tornar"¹. O autor até hoje causa polêmica, como demonstra Tereza Cristina B. Calomeni:

"Em face do traço inusitado de suas afirmações, ainda hoje, vinte anos após sua morte intempestiva, divergentes opiniões se perfilam: ora os círculos acadêmicos nos incitam, sutilmente, a esquecê-lo, ora nos propõem lembrá-lo de modo apaixonado. No entanto, a despeito da divergência, a agudeza da crítica foucaultiana facilmente nos conduz à percepção da sensibilidade e da inquietude de um filósofo frente às questões de seu tempo. (...) Entre o murmúrio e a palavra, Foucault, provocante, nos convida a acolher o inesperado e a admitir, permanentemente, a irremediável possibilidade e a insuspeita necessidade de invenção de novas formas de pensamento e conduta"².

¹ SIBILIA, Paula. Etéreas prisões do corpo. Da alma (analógica) à informação (digital). In: QUEIROZ, André e CRUZ, Nina Velasco e (Orgs.), *Foucault hoje?*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2007. p. 130.

² CALOMENI, Tereza Cristina B. Apresentação. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004. p. 12-14. No mesmo sentido, v. GUATTARI, Félix. 1985 - Microfísica dos poderes e micropolítica dos desejos. In: QUEIROZ, André e CRUZ, Nina Velasco e (Orgs.), *Foucault hoje?*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2007. p. 33: "Eu creio que o que é bastante raro, e que se presta talvez à descoberta, no modo pelo qual o pensamento de Michel Foucault é chamado a sobreviver, é que ele abraça, melhor que nunca, as problemáticas mais urgentes de nossas sociedades a respeito das quais, até uma nova ordem, nada foi avançado de tão elaborado, e sobre as quais todos os modos inabituais dos pós-modernismos e dos pós-positivismos já caducaram".

Os estudos de Foucault foram caracterizados pelo forte traço interdisciplinar. O próprio autor afirmava que seu trabalho não se resumia a uma única área do pensamento e não poderia se adequar a uma classificação simplista. José Gondra e Walter Kohan confirmam esse aspecto, ao explicar que por “manifestar interesse por procedimentos e objetos os mais diversos, Foucault provocou reações em campos disciplinares distintos, como a Filosofia, Medicina, Direito, Antropologia, Psicologia, Pedagogia e História, afetando igualmente os objetos recobertos por tais disciplinas”¹.

Tendo em vista a amplitude da obra, a maior parte dos estudiosos identifica em Foucault duas fases preponderantes: arqueológica e genealógica. Na primeira, o autor estudava a construção dos discursos do saber e como se daria a verdade. Dois trabalhos se destacam neste primeiro momento: *História da loucura*, de 1961, e *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*, de 1966. Já em relação à segunda fase, alguns estudos relevantes são *Vigiar e punir: o nascimento das prisões*, de 1975, e *História da sexualidade I*, de 1976.

Dentre seus temas de pesquisa acadêmicos, todos gerando inúmeros debates, Foucault provocou especial interesse ao discutir a relação entre o poder e a governabilidade. Até os dias atuais são analisadas as consequências de sua teoria sobre as relações sociais, uma vez que, para o autor, o poder permeia todas as esferas, das mais simples às mais complexas, estando, deste modo, descentralizado. “O poder não se aplica então ‘pura e simplesmente como uma obrigação ou uma interdição, aos que ‘não tem’; ele os investe, passa por eles e através deles; apoia-se neles, assim como eles, em sua luta contra ele, apoiam-se por sua vez nos pontos em que ele os alcança”². O interesse pelo

¹ GONDRA, José e KOHAN, Walter Omar. Apresentação: Foucault 80 anos. In: GONDRA, José e KOHAN, Walter (Orgs.). *Foucault 80 anos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006. p. 15.

² GUATTARI, Félix. 1985 – Microfísica dos poderes e micropolítica dos desejos. In: QUEIROZ, André e CRUZ, Nina Velasco e (Orgs.), *Foucault hoje?*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2007. p. 37.

tema fica ainda mais evidente na obra *Microfísica do poder*, de 1979¹. Esse estudo, dentre outras questões, articula como as relações de poder são exercidas como um todo fora do aparelho central do Estado². O autor tenta esclarecer em diversas passagens de seus escritos o seu complexo conceito de poder, como no seguinte trecho:

“Este termo poder, porém, corre o risco de induzir a vários mal-entendidos. Mal-entendidos a respeito de sua identidade, forma e unidade. Dizendo poder, não quero significar o Poder, como conjunto de instituições e aparelhos garantidores da sujeição dos cidadãos em um Estado determinado. Também não entendo poder como modo de sujeição que, por oposição à violência, tenha a forma de regra. Enfim, não o entendo como um sistema geral de dominação exercida por um elemento ou grupo sobre outro e cujos efeitos, por derivações sucessivas, atravessam o corpo social”³.

O autor, em outra passagem, afirma que “A análise em termos de poder não deve postular, como dados iniciais, a soberania do Estado, a forma da lei ou a unidade global de uma dominação; estas são apenas e, antes de mais nada, suas formas terminais”⁴. Dessa maneira, Foucault deixa clara a sua idéia de que o poder é exercido nos mais diversos níveis sociais, oriundo não apenas do

¹ Nesta obra o autor afirma que :“O grande jogo da história será de quem se apoderar das regras, de quem tomar o lugar daqueles que as utilizam, de quem se disfarçar para pervertê-las, utilizá-las ao inverso e voltá-las contra aqueles que as tinham imposto; de quem se introduzindo no aparelho complexo, o fizer funcionar de tal modo que os dominadores encontrar-se-ão dominados por suas regras”. FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 25-6.

² Neste sentido, manifesta-se VASCONCELLOS, Jorge. Foucault, pensador do presente. In: QUEIROZ, André e CRUZ, Nina Velasco e (Orgs.), *Foucault hoje?*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2007. p. 14: “Foucault desenha com rigor seu método e analisa com precisão o nascimento do biopoder na sociedade capitalista, mostrando de modo fundamentado que o poder é filigramático e que suas ramificações funcionam muito mais como teia do que como árvore, que ele, o poder, se manifesta de modo muito mais horizontal que vertical. Foucault demonstra a vascularidade das relações de poder nas sociedades do capitalismo contemporâneo. O poder passa a ser pensado como exercício de poder”.

³ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I*. A vontade de saber. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 88.

⁴ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 88.

Estado. Sendo assim, é possível afirmar que cada relação familiar – enfoque principal deste artigo – detém seu *locus* próprio de poder. Prosseguindo e aprofundando o conceito de poder, Foucault afirma ainda que este não será fruto do consenso puro e simples, da seguinte forma:

“O poder não é da ordem do consentimento; ele não é, em si mesmo, renúncia a uma liberdade, transferência de direito, poder de todos e de cada um delegado a alguns (o que não impede que o consentimento possa ser uma condição para que a relação de poder exista e se mantenha); a relação de poder pode ser o efeito de um consentimento anterior ou permanente; ela não é, em sua própria natureza, a manifestação de um consenso”¹.

Além disso, também muito interessante se revela seu estudo sobre a normalização dos indivíduos. Assim, o autor questiona “aquilo que fomos determinados a pensar, a ver e até a ser, ao mesmo tempo em que questiona aquilo em que estamos ou poderíamos estar nos tornando”². O tema é bem trabalhado inicialmente na obra *Vigiar e punir*³, de 1975. Uma correlação interessante entre o poder exercido na sociedade e a normalização dos indivíduos é feita por Salma Muchail:

“Segundo Michel Foucault, o aparecimento da sociedade moderna é assinalado pelo declínio de um tipo hegemônico de poder, o poder soberano monárquico, e pela instalação crescente de outro tipo de poder por ele denominado ‘disciplinar’ ou de

¹ FOUCAULT, Michel. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.: RABINOW, P. *Uma trajetória filosófica*. Para além do estruturalismo e da hermenêutica. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 31.

² PORTOCARRERO, Vera. Normalização e invenção: um uso do pensamento de Michel Foucault. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004. p.134.

³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2009. O original, em francês, lançado em 1975, tem o nome de *Surveiller et Punir: naissance de la prison*.

‘controle’, ‘instrumento fundamental para a constituição do capitalismo industrial e da sociedade que lhe é correspondente’. O poder disciplinar não é apenas repressivo ou ostensivamente opressor. Mais sutil, ele é ‘positivo’, isto é, ‘produz’ comportamentos, hábitos, gestos, numa palavra, adentra as pessoas. Não se exibe na identidade de um poder central e superior – como na figura do Estado soberano – mas se espalha, anônimo, difuso, capilar, em práticas minuciosas exercidas por todo o corpo social. Não se mantém numa unidade mas se exerce no plural – trata-se, antes de poderes, múltiplos, heterogêneos, móveis, enfim, micropoderes cujo funcionamento dá sustentação e eficácia ao macropoder estatal”¹.

A idéia de poder permeado nos mais diversos níveis e estruturas sociais possui grande relevância quando se pensa no contexto familiar. A família é a primeira célula social, onde os indivíduos se desenvolvem e se relacionam. Também é nesse âmbito que a pessoa é educada conforme os padrões de seus pais que, no comum dos casos, apresentam réplicas do pensamento dominante na sociedade e da moral estabelecida. Assim, a família pode ser compreendida também como primeiro campo de normalização dos indivíduos, no esquema apresentado por Foucault. As premissas do autor, portanto, serão muito importantes para a análise realizada no próximo tópico.

Contudo, vale ressaltar ainda a visão, por muito própria, que Foucault possuía acerca do direito. Em nenhuma de suas obras o autor dedicou-se especificamente ao tema, mas em várias passagens tratou dele indiretamente.

¹ MUCHAIL, Salma Tannus. Democracia como prática; algumas reflexões a partir de M. Foucault e C. Castoriadis. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: Entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004. p. 241. Em complemento, v. PORTOCARRERO, Vera. Normalização e invenção: um uso do pensamento de Michel Foucault. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004. p.141: “Através da disciplina surge o poder da norma. Do mesmo modo que a vigilância, a normalização torna-se um dos grandes instrumentos de poder a partir do final da época clássica. Ela substitui ou acrescenta graus de normalidade, que são signos de pertença a um corpo social homogêneo, mas que se divide por meio de uma distribuição em classes. A normalização, para Foucault, como para Canguilhem, constrange para homogeneizar as multiplicidades, ao mesmo tempo em que individualiza, porque permite as distâncias entre os indivíduos, determina níveis, fixa especificidades e torna úteis as diferenças”.

Em verdade, Foucault em mais de uma oportunidade afirmou não se interessar pelo assunto, e, em trechos e obras distintas, se referia ao direito com significados diversos. Márcio Alves da Fonseca apresenta interessante consideração sobre a ambígua relação do autor com o direito:

“O estudo do tema do direito no pensamento de Michel Foucault parece deparar-se, de início, com uma certa ambigüidade. Ambigüidade que se reporta ao próprio lugar e significado deste tema em seus escritos, uma vez que estes abrigam, em relação ao tema mencionado, a simultaneidade de uma clara ‘ausência’ e de uma não menos clara ‘presença’. A ausência do tema do direito em Foucault evidencia-se quando se procura encontrar algo como uma teoria do direito em seus trabalhos. Não há sequer uma unidade do objeto ‘direito’ em Foucault. O ‘direito’ a que faz referências em seu estudo sobre o surgimento do poder psiquiátrico em *História da loucura*, por exemplo, não é o mesmo que aparece tematizado nos primeiros cursos do *Collège de France*, nem tem os mesmos contornos do ‘direito’ que serve de referência para o estudo do poder disciplinar-normatizador em *Vigiar e punir*, como também não se confunde com o sentido assumido pelo ‘direito’ nas discussões acerca do biopoder e das artes de governar, estudados em *A vontade de saber* e em outros cursos do *Collège de France*. Entretanto, esta ausência convive com uma presença constante. São freqüentes as referências à lei, às práticas judiciais, às formas jurídicas em seus escritos, fazendo também sentido afirmar que Foucault escreve muito sobre o direito. (...) Tais afirmações expressam, em parte, a idéia de ambigüidade que parece estar ligada ao estudo do tema do direito em Foucault: a ausência de um conceito preciso de ‘direito’, bem como a ausência de uma teoria sobre o direito convivem com a presença constante deste tema na maior parte de seus escritos”¹.

¹ FONSECA, Márcio Alves da. As imagens do direito em Michel Foucault. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004. p. 169-171.

Em conclusão, Márcio Alves da Fonseca termina por identificar três figuras do direito em Foucault. A primeira delas seria o direito como lei, como sinônimo de legalidade e de suas estruturas¹. O segundo significado possível seria o direito como um método normalizado-normalizador². Já a terceira figura seria o chamado direito novo, como oposição entre normalização e direito³. Certo é que a própria natureza da obra de Foucault não apresentaria grandes vínculos com uma tradição legalista, como demonstra José Ternes:

“Foucault e lei não combinam. Tanto os escritos quanto a biografia do filósofo configuram muito mais a ausência do que a afirmação de algo como *lei*. Tanto os escritos quanto a vida de Foucault estão mais para a ilegalidade, a transgressão do que para a legalidade, a submissão a regras vigentes. (...) há também escritos essencialmente *políticos*. Nestes, denominados *genealógicos*, verdade e poder configuram um único e mesmo jogo. Também aí, a lei não é o primeiro objeto. Ênfase maior se dá aos desvios da lei, às ilegalidades

¹ FONSECA, Márcio Alves da. As imagens do direito em Michel Foucault. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004. p. 169-173.

² FONSECA, Márcio Alves da. As imagens do direito em Michel Foucault. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004. p. 169-175. Este autor ainda prossegue, na p. 176-177: “Deste modo, a imagem de um direito normalizado-normalizador, em Foucault, se integraria por diversas formas jurídicas, como por exemplo, decretos administrativos, medidas de segurança, decisões judiciais, arbitragens que dispõem acerca de realidades complexas como o papel e as funções dos órgãos públicos em face das necessidades das sociedades, as condições segundo as quais se desenvolvem as atividades produtivas dos indivíduos no interior de um determinado grupo, os problemas de seguridade social, de regime de trabalho, de saúde pública, de segurança e violência etc. Diversos domínios do direito podem, então ser pensados em suas implicações com os mecanismos da normalização como biopoder, particularmente aqueles do direito administrativos, do direito do trabalho, do direito previdenciário, do direito ambiental, dos direitos coletivos etc. É importante notar que esta segunda imagem do direito, em Foucault, não exprime um ‘mundo’ independente do ‘mundo da lei’. Ao contrário, ela nos lembra que o ‘mundo da lei’ não é um ‘mundo’ independente de todos os outros domínios da vida. Ela nos lembra que cada vez mais, nas sociedades modernas, a lei funciona como norma, cada vez mais a lei se confunde com os mecanismos normalizadores do poder”.

³ FONSECA, Márcio Alves da. As imagens do direito em Michel Foucault. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004. p. 169-173.

ou mesmo à ausência de lei. Esta, na verdade, não seria, jamais, ponto de partida”¹.

Não obstante a característica do autor de ser, de certo modo, alheio ao tema jurídico, inegável que o estudo de sua obra é de grande relevância para o direito, sobretudo no tocante às referidas pesquisas sobre poder e normalização dos indivíduos. Justamente em razão deste fato, o presente artigo analisa as alterações ocorridas do ponto de vista do exercício do poder e da titularidade de direitos dentro da família, à luz da constatação de Foucault de que o poder é exercido nos mais diversos campos dentro da sociedade. A influência da evolução legislativa, sobretudo após a Constituição de 1988, também será destacada no próximo tópico.

2. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DIREITO DE FAMÍLIA

O conceito de família evolui através dos tempos – essa é uma consideração inegável. Basta reconhecermos, por exemplo, que a família da antiga Roma possuía configuração totalmente diversa da atual. Na verdade, nem seria preciso ir tão longe: podemos verificar todas as profundas alterações relacionadas ao direito de família que ocorreram no Brasil durante o último século. Sem dúvida, apenas uma coisa se mantém estável: a família permanece sendo o *locus* fundamental de desenvolvimento do ser humano, apresentando-se como uma constante em todas as culturas, ainda que com certas peculiaridades. Será em seu seio que a pessoa evoluirá em seus mais diversos aspectos. Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, “a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social”².

¹ TERNES, José. Foucault e a lei. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004. p. 207-208.

² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1.

A família evolui em função dos novos anseios e valores da sociedade. No caso brasileiro, pode-se afirmar que passamos de um modelo tipicamente patriarcal, fundado no casamento, para uma nova configuração, baseada na igualdade entre os cônjuges, bem como entre os filhos, dentro da família, num lapso de tempo relativamente curto. Além disso, houve expresso reconhecimento, através da Constituição de 1988, da legitimidade de outras entidades familiares, que não se resumem apenas ao casamento. Houve, dessa forma, clara evolução da família como instituição e célula básica da sociedade. Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que:

“A família brasileira do início do século XX representava o modelo aristocrático estruturado no patriarcalismo, na exclusão, na matrimonialização, no patrimonialismo e na legitimidade dos filhos (...). A estruturação da família jurídica do Código de 1916 representava o reconhecimento legal de apenas uma família sociológica: a família matrimonializada, ainda que se encontrasse desfeita de fato por eventual separação de corpos dos cônjuges, ou que um dos cônjuges tivesse procriado fora do casamento, o que impedia o ingresso da pessoa resultante de tal procriação na entidade familiar, nos termos dos arts. 358 e 364, ambos do revogado Código Civil de 1916. A proibição do reconhecimento de filho ilegítimo sob a modalidade de filho espúrio adulterino era absoluta no início do século XX, diante do sério risco à paz familiar que a criança poderia gerar à família legítima”¹.

Assim como a família, o direito não é estático. Por isso, em sequência às transformações sociais – ou, muitas vezes, estimulando-as – o direito busca se adequar aos novos anseios. Sendo assim, não obstante o desinteresse de Foucault pelo tema do direito, como já mencionado, inegável que ele possui o condão de alterar as relações de poder e o quadro social, como ocorreu no

¹ V. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 331-332.

caso da família. O direito, sem dúvida, não apenas acompanha os fatos no contexto de determinada sociedade, para dar nova solução aos problemas e questionamentos da coletividade, mas, igualmente, inúmeras vezes, são capaz de estimular comportamentos. Neste sentido, destacamos trecho de Gustavo Tepedino:

“Com efeito, o ordenamento caracteriza-se por esta complexidade de fontes, dotadas de dinâmica própria, sensíveis às mudanças relevantes ocorridas na sociedade, a denotar a abertura do sistema a múltiplos matizes culturais, informados por valores historicamente determinados, presentes no seio social. Nesta esteira, 'a dinamicidade do ordenamento deve ser entendida, portanto, em dúplice sentido: expansível por regras e por princípios introduzidos legalmente dia a dia no sistema e condicionado pela evolução das exigências e hábitos, isto é, pela cultura como atualidade dos problemas e das possíveis soluções'”¹.

No caso específico do direito de família, ponto que interessa ao presente artigo, após uma série de graduais alterações legislativas, a Constituição Federal de 1988 trouxe a consagração de uma linha de evolução que prioriza a dignidade da pessoa humana no seio das relações familiares, notadamente no que diz respeito à filiação. A partir da Constituição – de seus princípios e disposições específicas sobre o tema – tornou-se obrigatória a releitura dos conceitos e categorias tradicionais, fundamentados no paradigma axiológico e histórico anterior.

O Código Civil de 1916 apresentava uma visão estritamente burguesa, possuindo como principal sujeito o homem, casado, pai de família, proprietário de bens e testador. Essa era a concepção que prevalecia no mundo jurídico, recebendo forte influência da idéia de família que se observava no âmbito

¹ TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 363.

social: esta somente seria legítima se consagrada pelo casamento; além disso, o marido seria seu chefe, exercendo a devida autoridade e comando sobre mulher e filhos. As relações de poder a que Foucault se referia ficavam muito claras aqui: o pai de família típico seria a figura a exercer todo o controle sobre os demais indivíduos daquele grupo, qual seja, a esposa (que, em razão da visão tradicional, deveria apresentar postura notadamente submissa e leal ao marido) e os filhos (que, até alcançarem a maioridade, no caso dos homens, ou casarem-se, no caso das mulheres, deveriam cumprir para com o seu pai seu dever de respeito e submissão).

A família, aquele momento, era protegida como uma instituição detentora de um fim em si mesma. Até por isso, o casamento era indissolúvel. Em seu nome, não eram raras as hipóteses nas quais o direito das pessoas, individualmente considerado, deveria ceder: nenhum direito individual, regra geral, poderia prevalecer diante da necessária proteção à família. Um exemplo claro desse fenômeno poderia ser observado no campo da responsabilidade civil. Entendia-se que entre os membros da família haveria uma espécie de imunidade, não sendo legítima a pretensão de se obter qualquer tipo de indenização, ainda em casos de violência ou abuso por parte de algum de seus membros.

A própria evolução social, sobretudo pela luta feminista por igualdade, e, também, as alterações legais culminaram na transformação desse quadro, modificando profundamente as relações de poder dentro deste contexto familiar. Não somente a mulher passou a ser detentora de direitos e voz ativa no seio da família, exercendo seu comando em conjunto com o marido, mas também os filhos passaram a ser protegidos dos desmandos dos pais, tendo o direito de influir em sua própria educação assegurada pela Constituição.

Sobre o ponto, importante destacar que durante muito tempo os direitos da criança não eram reconhecidos, ou, quando o eram, a tutela se dava apenas de maneira indireta. Contudo, após um longo e significativo processo de mudança, passou a prevalecer a noção de que a criança e o adolescente, por sua especial condição de pessoa em desenvolvimento, seriam detentores de

uma vulnerabilidade inerente. A relação entre pais e filhos, portanto, seria essencialmente assimétrica, justificando não apenas a idéia de que o melhor interesse do menor deva preponderar, mas também a possibilidade do legislador interferir com mais afinco nessas relações. Um exemplo dessa nova perspectiva, na qual o Estado é legitimado a interferir na relação entre pais e filhos, é o polêmico Projeto de Lei nº 2654/2003 (conhecido como “Projeto de Lei da Palmada”), que pretende alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para proibir qualquer forma de punição corporal, ainda que se trate de castigos moderados e com caráter pedagógico.

Além disso, era consagrada pela legislação anterior a idéia de pátrio poder, que pode ser conceituado em linhas gerais como um conjunto de direitos concedidos ao pai sobre seu filho. O pátrio poder seria exercido pela mãe de maneira apenas subsidiária, nos termos do art. 380 do Código Civil de 1916. Seu principal papel era, antes de mais nada, a gerência de patrimônio, bem como a representação ou assistência na prática de atos jurídicos, sendo que “o processo educacional não tinha tanto relevo, uma vez que se perfazia na autoridade paterna e no dever de obediência do filho. Essa ascendência autoritária era natural e inquestionada, além de ser fundamentada na desigualdade paterno-filial”¹. Rolf Madaleno, com propriedade complementa:

“a noção de pátrio poder era diametralmente oposta à atual e seu exercício era um privilégio do marido, a quem a lei outorgara a expressão que tradicionalmente indicava a superioridade do pai. Portanto, dentro daquela estrutura seus membros estavam subordinados à autoridade do chefe da família, sujeitados os filhos ao despótico poder paterno, que se acentuava sobre toda a movimentação familiar, dele emanando todas regras de conduta, de permissão e de restrição de ação, desde os comecinhos hábitos domésticos, como na indicação dos horários de saída e de regresso dos filhos ao lar,

¹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 128.

passando pela correção física das faltas e infrações da prole”¹.

Atualmente, entretanto, não se fala mais em pátrio poder, mas sim em poder familiar, devendo ser exercido por ambos os genitores, no interesse da criança, para a salvaguarda de seus direitos e deveres². Além do princípio constitucional da igualdade, que já bastaria, por si só, para justificar esta alteração, também o atual Código Civil consagrou o poder familiar compartilhado entre ambos os genitores, nos termos de seu art. 1.631: “Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade”. Deste modo, o poder familiar está desvinculado da relação conjugal entre os pais, perdurando mesmo quando estes se encontram separados³.

Além disso, seu conteúdo foi alterado, de maneira que não encerra mais um poder, mas antes um poder-dever, tendo os pais a obrigação de assistir, criar e educar os filhos menores⁴. Temos uma verdadeira crise da idéia de poder-sujeição neste meio, sobretudo em razão de uma visão democrática e igualitária da família⁵. Os filhos, nesse contexto, não se apresentam como

¹ MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 155.

² A idéia de “poder” traduz uma atribuição de poderes e deveres a serem exercidos no interesse de terceira pessoa. Sobre o assunto, v. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 129-130.

³ CC/2002, art. 1632: “A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”.

⁴ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 179-180: “Assim, o poder familiar, sendo menos poder e mais dever, converteu-se em múnus, concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir. O poder familiar dos pais é ônus que a sociedade organizada a eles atribui, em virtude da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos. O exercício do múnus não é livre, mas necessário no interesse de outrem”.

⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 258.

objetos, nem mesmo como sujeitos passivos da relação com os pais: são igualmente sujeitos ativos e protagonistas¹. Assim, “a relação educativa não é mais entre um sujeito e um objeto, mas uma correlação de pessoas, onde não é possível conceber um sujeito subjugado a outro”².

Em complemento à doutrina da proteção integral, há ainda o princípio constitucional da paternidade (e maternidade) responsável, reforçando a idéia de que o pai deve colaborar para a criação e educação de seus filhos, participando efetivamente de sua vida. A paternidade não pode se resumir a um aspecto meramente formal, restrita a obrigações de natureza patrimonial.

Conclui-se, portanto, que a família tutelada pela Constituição de 1988 não possui prevalência com base na antiga idéia de “paz doméstica”, como um interesse supra-individual. Esta vai encontrar sua justificativa de proteção por tratar-se de uma instituição meio, instrumento para o desenvolvimento das pessoas que nela estão integradas, titulares de um amplo feixe de direitos e interesses de natureza existencial. A família, portanto, deve ser analisada a partir de duplo ponto de vista: como estrutura e na qualidade de função, como aponta Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

“A grande função da família atual é a de servir aos seus integrantes, de maneira harmônica e coordenada, sem que o exercício dos direitos de um integrante viole ou afaste os direitos e os interesses dos demais. Não há mais espaço para o Direito de Família aristocrático e excludente, em que a tutela da *'família legítima'* era o

¹ Destaca-se passagem de Ana Carolina Brochado Teixeira: “Os menores devem ser respeitados em seus valores e crenças, enfim, merecem respeito por serem pessoas – principalmente, por estarem em processo de desenvolvimento. Seu papel ativo cresce na medida em que adquirem discernimento e em que sua liberdade é acompanhada pela responsabilidade”. V. TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 132.

² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 258.

objetivo maior das instituições sociais e organismos estatais, a ponto de, sob o argumento de proteção da paz familiar e do patrimônio construído, haver impossibilidade jurídica do estabelecimento da paternidade de criança fruto de reprodução carnal de homem casado com outra mulher”¹.

Com as alterações trazidas pela nova Constituição, essas idéias foram permeadas pelo ordenamento jurídico como um todo. É necessário ter por norte que o direito civil, incluindo-se o direito de família de modo especial, deve ser lido à luz dos preceitos constitucionais. Assim, relevante se mostra, sobretudo, o art. 1º, III da Constituição, que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos pilares da ordem constitucional brasileira, ou seja, cria uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana. Essa consideração é de suma importância, como destaca Pietro Perlingieri:

“o primado dos valores da pessoa humana e dos seus direitos fundamentais exclui que a área do direito civil possa ser exaurida em uma concepção patrimonialista fundada ora sobre a centralidade da propriedade, ora sobre a noção de empresa. O direito civil constitucional – segundo a tendência do constitucionalismo contemporâneo – reconhece que a forte idéia do sistema é não somente o mercado, mas também a dignidade da pessoa, de uma perspectiva que tende a despatrimonializar o direito”².

Como referido acima, houve clara despatrimonialização – ou, como mencionam alguns autores, uma repersonalização – do direito de família, com preponderância do *ser* em relação ao *ter*. Firmou-se, sem dúvida, um virtuoso

¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/2008. São Paulo: Atlas, 2008. p. 118.

² PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 5.

e necessário processo de valorização das situações existenciais, sendo reconhecida a preponderância destas em relação às situações patrimoniais. Assim, também as relações familiares passaram a ser funcionalizadas em razão da dignidade de cada um de seus membros: a família, por ser comunidade intermédia, deve, antes de mais nada, estar a serviço das pessoas que a integram.

Hoje, sobretudo após o impulso inicial dado pela Lei do Divórcio de 1977 e em função da Constituição de 1988, prevalece a idéia de que a família não é tutelada em sua dignidade como instituição¹, mas sim será protegida como um instrumento. Inclusive, o art. 226, §8º, da Constituição é claro ao afirmar que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Reforçando esta idéia de despatrimonialização das relações familiares, a Constituição de 1988 garantiu expressamente a igualdade entre os cônjuges², a igualdade entre as entidades familiares³ (que não mais se resumem ao casamento) e a isonomia entre os filhos⁴ (havidos ou não na constância do casamento). Antes, aos filhos oriundos de relação extraconjugal o tratamento

¹ Cf. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 245: “Os direitos atribuídos aos componentes da família garantem, tutelam e promovem diretamente exigências próprias da pessoa e não de um distinto organismo, expressão de um interesse coletivo superior, fundamento de direitos e deveres. A família não é titular de um interesse separado e autônomo, superior àquele do pleno e livre desenvolvimento de cada pessoa. Devem ser rechaçadas, portanto, as várias teorias que discorrem sobre um 'interesse familiar' superindividual, de tipo público ou corporativo”.

² CF/88, art. 226, §5º: “Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

³ CF/88, art. 226, §3º e 4º: “§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

⁴ CF/88, art. 227, §6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

era o pior possível: não era dada a possibilidade sequer do registro pelo pai, ainda que este assim o desejasse, tudo em nome da já mencionada “paz familiar”. O fato de não estar inserido no contexto de uma família tradicional trazia reflexos negativos ao longo de toda a vida daquele indivíduo. Da mesma forma, a mulher desquitada ou que abandonasse o lar conjugal passava a sofrer com o forte estigma negativo dentro da sociedade. Às mulheres não se reconhecia o direito de reconstruírem suas vidas após o doloroso processo de separação.

O texto da Constituição de 1988 representou, portanto, um verdadeiro marco dentro dessa importante inversão axiológica, no qual foram consagrados, além da dignidade da pessoa humana¹, outros princípios relevantes, tais como: (i) a solidariedade²; (ii) a defesa do melhor interesse da criança³, através da doutrina da proteção integral⁴; (iii) a paternidade responsável; e (iv) o planejamento familiar⁵. Como afirma Paulo Lôbo, boa parte da doutrina civilista defendeu, desde o primeiro momento, a aplicabilidade direta da Constituição,

¹ CF/88, art. 1º, III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana”.

² CF/88, art. 3º, I: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

³ CF/88, art. 227, *caput*: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

⁴ A doutrina aponta como origem do princípio do melhor interesse da criança o Direito Inglês. Os casos *Rex v. Delaval* e *Blissets*, de 1763, foram importantes precedentes na linha desse reconhecimento. Já a jurisprudência norte-americana fez referência ao princípio no caso *Commonwealth v. Addicks*, de 1813, no qual a mãe, apesar de ter sido acusada de adultério, obteve a guarda da criança. Para maiores dados acerca da evolução deste princípio, v. PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 208 e ss.

⁵ CF/88, art. 226, §7º: “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”.

sobretudo no que diz respeito aos seus arts. 226 e 227, que estabelecem a igualdade entre cônjuges e entre filhos de qualquer origem¹. Assim, o caminho das mudanças sociais fora reforçado positivamente pelo arcabouço jurídico, culminando no atual quadro que, se ainda longe do ideal, certamente privilegia o desenvolvimento dos indivíduos, com uma distribuição mais igualitária do poder dentro da família.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procurou-se, neste breve artigo, analisar as modificações ocorridas nas relações de poder no contexto da família do século XXI, à luz do pensamento de Michel Foucault. No caso brasileiro, que apresenta grande similaridade com a realidade de outros países, a Constituição de 1988 apresentou-se como verdadeiro marco, ao pacificar a existência de direitos e garantias que vinham sendo questionados no âmbito social, pelos mais diversos grupos. O debate sobre o tema no Brasil foi, sem dúvida, ampliado e, em razão das alterações legislativas posteriores, estimulou-se a idéia de que o casal – sejam eles cônjuges ou companheiros – devem igualmente exercer o comando da família. A mulher, em conclusão, assumiu uma posição de maior destaque a partir da idéia de igualdade, e não mais de submissão.

Da mesma maneira, os filhos também passaram a ter seus direitos reconhecidos, sobretudo no tocante à vedação do abuso por parte dos pais.

¹ V. LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 22: "Os civilistas brasileiros, estudiosos do processo de constitucionalização, nunca tiveram dúvidas da força normativa da Constituição (...). Para os civilistas brasileiros, é indiscutível a distinção que se consagrou entre nós das normas constitucionais entre princípios e regras, tendo ambos força normativa completa, sem dependência de regulamentação infraconstitucional. Assim foi, por exemplo, com o princípio da igualdade entre cônjuges e entre filhos de qualquer origem, estabelecido nos arts. 226 e 227 da Constituição, que representou verdadeira revolução no direito de família, consequentemente revogando a legislação civil anterior".

Hoje se pode afirmar que há um poder-dever dos pais na educação e criação de seus filhos, que deve ser exercido sempre em benefício dos menores. Reconheceu-se, após difícil caminho evolutivo, que as crianças não se resumem a objeto, sendo protagonistas de seu processo educacional. Igualmente, a diferenciação entre filhos legítimos e adulterinos foi abandonada, na medida em que a relação entre pais e filhos passou a ter interesse e qualificação independente da situação pessoal dos genitores.

Ao longo do texto foram, ainda, brevemente apresentados pontos importantes da teoria de Michel Foucault, justificando questões relevantes deste processo evolutivo ocorrido na estrutura do poder dentro da família, para que hoje esta pudesse ser compreendida de maneira mais igualitária. A visão de Foucault de que o poder não é exercido apenas pelo Estado e que, ao contrário, está espalhado pelos mais diversos campos sociais, se mostrou de suma importância para que haja uma correta análise e apreensão destas estruturas intermédias e de sua evolução. Sendo assim, a família passou a ser protegida na medida em que se configura como *locus* de desenvolvimento de seus membros, e não como estrutura em si mesma, fruto do exercício do poder exclusivo do pai típico do século XIX.

REFERÊNCIAS

CALOMENI, Tereza Cristina B. Apresentação. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004.

ERIBON, Didier. *Michel Foucault e seus contemporâneos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

FONSECA, Márcio Alves da. As imagens do direito em Michel Foucault. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I. A vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW, P. *Uma trajetória filosófica. Para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2009.*

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da Lei nº 11.698/2008*. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONDRA, José e KOHAN, Walter Omar. Apresentação: Foucault 80 anos. In: GONDRA, José e KOHAN, Walter (Orgs.). *Foucault 80 anos*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

GUATTARI, Félix. 1985 – Microfísica dos poderes e micropolítica dos desejos. In: QUEIROZ, André e CRUZ, Nina Velasco e (Orgs.), *Foucault hoje?*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2007.

GUEDEZ, Annie. *Foucault*. São Paulo: Melhoramentos, 1977.

LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e o novo Código Civil*. 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MADALENO, Rolf. O preço do afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MUCHAIL, Salma Tannus. Democracia como prática; algumas reflexões a partir de M. Foucault e C. Castoriadis. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: Entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Fac. de Direito de Campos, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). *Direito de família e psicanálise: rumo a uma nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PORTOCARRERO, Vera. Normalização e invenção: um uso do pensamento de Michel Foucault. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004.

SIBILIA, Paula. Etéreas prisões do corpo. Da alma (analógica) à informação (digital). In: QUEIROZ, André e CRUZ, Nina Velasco e (Orgs.), *Foucault hoje?*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2007.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. O direito civil-constitucional e suas perspectivas atuais. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

TERNES, José. Foucault e a lei. In: CALOMENI, Tereza Cristina B. (Org.). *Michel Foucault: entre o murmúrio e a palavra*. Campos: Faculdade de Direito de Campos, 2004.

VASCONCELLOS, Jorge. Foucault, pensador do presente. In: QUEIROZ, André e CRUZ, Nina Velasco e (Orgs.), *Foucault hoje?*. Rio de Janeiro: 7 Letras, 2007.

Helen Cristina Leite de Lima Orleans - Mestre em Direito Civil pela UERJ. Especialista em Direito pela Universidade de Coimbra – Portugal. Membro da Comissão Permanente de Direito Civil do IAB. Advogada e Professora no Rio de Janeiro.

O AMICUS CURIAE, A EXPERIÊNCIA AMERICANA E EUROPÉIA E UMA ANÁLISE EM TORNO DA ADOÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO À LUZ DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.

* Marco Apolo da Silva Ramidan

SUMÁRIO. INTRODUÇÃO. I – Origem do *amicus curiae*. .II- O *common law* inglês e o *amicus curiae* na Inglaterra. III- *Common law* americano, o *judicial review* e uma pré-compreensão do *amicus curiae* neste sistema. IV- O *amicus curiae* e a experiência européia. V- O *amicus curiae* e a experiência brasileira (o controle de Constitucionalidade brasileiro; a inserção do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro; a natureza da atuação do *amicus curiae* para a doutrina e jurisprudência brasileira; participantes como *amicus curiae* no Brasil). CONCLUSÃO. REFERENCIA.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, na tentativa de compreender a essência do *amicus curiae*, abordará o tema à luz do Direito Constitucional brasileiro e do Direito Constitucional comparado, buscando as razões do nascimento do instituto e desenvolvimento na Inglaterra, nos Estados Unidos e na Europa, analisando a inserção deste instituto dentro do Controle de Constitucionalidade Brasileiro.

Nesse contexto, para que se discorra sobre as conseqüências e implicações do uso do *amicus curiae* no processo constitucional brasileiro, é imperioso que se analise as raízes históricas deste. Como foi, nos EUA o desenvolvimento com vigor da prática do *amicus curiae brief*, procurou-se compreender a influência dos *amicus curiae* sobre as decisões da Suprema Corte.

Inicialmente, o trabalho investigará as origens históricas deste instituto, a maneira como ele foi incorporado no sistema da *common law* na Inglaterra e nos EUA à luz do judicial review. Feita tal análise, discorrer-se-á, sobre a experiência européia, edificada na tradição jurídica romano-germânica.

Posteriormente, estudar-se-á o desenvolvimento do *amicus curiae* dentro do Controle de Constitucionalidade Brasileiro, complexo e desenvolvido, agregando características tanto de tradições americanas, como alemã e austríaca. Nesse contexto, será analisada as regras e jurisprudência pátria relativa ao assunto, bem como os principais participantes como amigos da Corte no país.

I - Origem do amicus curiae

Amicus Curiae é um termo de origem latina que significa "amigo da corte". Por ele, entende-se uma pessoa, entidade ou órgão com profundo interesse em uma questão jurídica levada à discussão junto ao Poder Judiciário. Originalmente, o *amicus* é amigo da corte e não das partes, uma vez que se insere no processo como um terceiro, que não os litigantes iniciais, movido por um interesse maior que o das partes envolvidas inicialmente no processo.

Sua utilidade revela-se na hipótese de o juiz não está convencido ou estar equivocado em uma questão de direito, ou o Tribunal considerar válida a

participação de indivíduos interessados na defesa de determinada concepção jurídica.

No que concerne a origem desse instituto, temos duas correntes. Por um lado, há quem situe seu surgimento no Direito Processual Romano, a partir da figura do *consiliarius*, definido por Wolfgang Kunkel como “conselho de amigos de prestígio”, composto de verdadeiros assessores jurídicos, chamados frequentemente à emitir opiniões de considerável transcendência.

Ressalte-se que na época imperial, o Imperador Augusto foi quem conferiu aos jurisconsultos uma espécie de patente intitulada *ius publice respondendi*, pela qual suas respostas a consultas de litígios particulares obtinham maior autoridade do que as dos juristas sem esta.

Em contrapartida, outra parte da doutrina é defensora da tese de que o *amicus curiae* possui a sua origem no direito inglês regido pela *common law* – na qualidade de *attorney general*; sendo que essa figura atuava de modo meramente informativo, apresentando precedentes da jurisprudência, indicando leis e oferecendo informações indispensáveis para o deslinde do processo, contidas em antecedentes judiciais ou em *status* não conhecidos ou ignorados por juízes.

Nesse contexto, faz-se necessário ressaltar que não obstante a existência dessa controvérsia, os doutrinadores concordam que foi no direito inglês que o instituto em estudo ganhou a sua primeira sistematização, configurando, pois, um sujeito com atuação essencialmente desinteressada, que intervinha no processo com o escopo de auxiliar o magistrado no julgamento do feito, edificando as bases de um verdadeiro processo discricionário.

Foi no sistema norte americano, todavia, este instituto processual assumiu maior notoriedade, despertando grande interesse dos juristas desde o século XIX. Tal fato deve-se ao surgimento do modelo de *judicial review* no controle de constitucionalidade americano, que acentuou e alterou o uso do *amicus curiae*, não sendo a participação de terceiros em ações judiciais que discutam a constitucionalidade do Poder Público, obra do acaso, ou simples instrumento da democracia americana, mas revelando-se como fruto das peculiaridades da família jurídica da *common law* e do sistema de *judicial review*.

II - O *common law* inglês e o *amicus curiae* na Inglaterra (*Advocate to the Court*)

É na Inglaterra que despontam os primeiros passos para a construção do *Rule of Law*, entendendo-se como conjunto de instituições e de princípios essenciais a proteção da dignidade das pessoas diante do poder arbitrário do Estado, o que fundaria as bases de um Estado de Direito, instituindo-se precipuamente os direitos de primeira geração.

Ressalta-se que a idéia de limitação do poder político não surge com as Revoluções Burguesas do século XIX, configuradas no abstencionismo estatal e na mudança da relação entre Estado e individuo, antes analisada sobre a ótica do Súdito e Soberano. Na verdade, tal limitação começa a nascer simbolicamente com a Magna Carta Inglesa de 1215. Dentro disso, assinala Brian Z. Tamanha as muitas contribuições medievais para a limitação de poderes, citando-se: os juramentos feitos pelos monarcas prometendo submissão ao direito costumeiro, divino e naturais, os preceitos cristãos determinando a subordinação dos reis ao Direito, e os interesses de nobres em restringir o poder real.

No que concerne ao sistema jurídico inglês, construído sob as bases da common law, infere-se que o direito é criado e aperfeiçoado pelos juízes, sendo eminentemente jurisprudencial. Designa-se, mais propriamente, um Direito misto e não escrito, baseado no costume, no uso e nas decisões das Cortes de Justiça e que contrasta com a *Statute Law*. Segundo a definição clássica de *Blackstone*, “*Common Law* é o costume geral e imemorial, assim declarado, de época a época, por decisões das Cortes de Justiça.”. Dentro disso, infere-se que o direito inglês não é de forma alguma uma construção do espírito, é a soma de regras que, desde o século XIII foram reiteradamente afirmadas pelos juízes das Cortes Reais Inglesas. O direito inglês nasceu do processo inglês.

Feita a análise acerca da família jurídica da Inglaterra e seu Constitucionalismo, compreensível se faz a adoção do *amicus curiae* aquele país, dado o fato de que o direito inglês se desenvolve basicamente na arena do poder judiciário.

Nesse contexto, é mister esclarecer que diversas características do sistema jurídico inglês favorecem a aplicação deste instituto, tais como: o fato da decisão final poder gerar precedente sobre a matéria e a possibilidade do sistema processual inglês ter como fundamento o confronto entre dois adversários diante de um julgador relativamente passivo, sendo os advogados, e não os juízes, os protagonistas da produção probatória.

Diante disso, a *amicus curiae brief* consagrou-se como prática jurídica em que assuntos relativos ao direito e informações passaram a ser apresentadas por terceiros perante os Tribunais, mediante a permissão e convite desses, não se podendo dizer que seja direito subjetivo do requerente, sendo utilizado, muitas vezes, para preencher lacunas de um processo litigioso centrado na controvérsia entre duas partes.

Hodiernamente, projeção do instituto revelou-se em questões polêmicas, evidenciando-se seu caráter consultivo, como no conhecido caso inglês das gêmeas unidas ou gêmeas isquiópagas em que para julgar a juridicidade da cirurgia que separaria fisicamente as irmãs, ocasionando a morte de uma delas, a *Court of Appeal*, convocou pareceres de criminalistas, do Arcebispo de *Westminster* e da *Pro-Life Alliance*.

Nesse âmbito, *Sarah Hannet*, faz ponderações críticas adoção exacerbada deste instituto dentro do processo inglês, ressaltando que o procedimento de tomada de decisões judiciais se torna mais semelhante ao processo legislativo, alertando-nos que a ampliação das partes e das questões promoverá uma modificação do judiciário para o legislativo.

III - *Common Law* americano, o *judicial review* e uma pré-compreensão do *amicus curiae* neste sistema.

Assim como Inglaterra, os EUA desenvolveram um sistema jurídico baseado na *common law*, no qual, como o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende daquelas adotadas para casos anteriores, comprometendo o direito a ser aplicado a casos futuros. Nesse sistema, quando não existe um precedente, os juízes possuem a autoridade para criar o direito, estabelecendo-o, dentro das bases do sistema de *stare decisis*.

No entanto, não se pode analisar o sistema norte-americano e inglês de maneira igual, devendo-se entender que cada um possui suas peculiaridades, que os tornam únicos, singulares e extraordinários. Na verdade, o grande marco diferenciador entre estes dois países consiste na codificação do Direito Constitucional e no desenvolvimento de controle de constitucionalidade

instituído pelos americanos, pontos imprescindíveis para que se compreenda a disseminação dos *amicus curiae* nos Estados Unidos.

O Controle de Constitucionalidade nos EUA, baseado no *judicial review*, tem origem histórica no precedente *Marbury versus Madison*. Nesse caso, Marbury, impetrou o conhecido *writ of mandamus*, levando à Corte a seguinte controvérsia: Em 1801, John Adams, presidente dos EUA, federalista, foi derrotado na eleição presidencial por Thomas Jefferson. Adams resolveu, antes de ser sucedido por Jefferson, nomear diversas pessoas ligadas ao seu governo como juízes federais, destacando-se William Marbury. Todavia, quando o presidente Thomas Jefferson assumiu o governo, nomeou James Madison como seu Secretário de Estado, que por entender que a nomeação de Marbury era incompleta, não a oficializou. Levada a Corte, após dois longos anos, John Marshall, em seu voto, analisou se a Suprema Corte teria competência para apreciar ou não aquele remédio constitucional.

Dessa forma, na prática, pela primeira vez teria a Corte de analisar se deveria prevalecer a lei (que determinava a apreciação da matéria pela Suprema Corte) ou a Constituição de 1787 que não fixou tal competência originária, em verdadeiro conflito de normas. Depois de muito mediar, inclusive sobre o papel da Constituição escrita, Marshall concluiu ser nula qualquer lei incompatível com a Constituição, enunciando que “a constituição é superior a qualquer ato legislativo, então a constituição, e não tal ato ordinário deve governar o caso”.

Essa doutrina do controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário decorre da inevitável superioridade da Constituição escrita. Todavia, deve-se frisar que não é apenas o fato da constituição ser escrita que propicia a competência do controle de constitucionalidade pelo judiciário, mas também a própria família na qual desenvolveu-se o sistema americano, que confere grande poder aos precedentes judiciais e consequentemente aos juízes.

Por outro viés, vale também destacar que os Estados Unidos adotaram a técnica do direito legislado, seja através de atos do Parlamento pela codificação de diversos ramos, tais como: Direito Civil, Direito Processual, Direito Penal, Direito Administrativo, crescendo o número de leis e regulamentações, com a compilação de decretos e regramentos em vigor, no “*Code of Federal Regulation*”.

Dentro disso, é necessário realizar um contraponto entre a codificação norte americana os códigos romano-germânicos, sob pena de avaliar de forma que se estabelecem de modo diverso. Enquanto nos EUA o juiz não está compelido a encontrar a base de sua decisão nos códigos, que não pretendem exaurir o direito, mas aperfeiçoá-lo, nos países de influência romano-germânica, a interpretação judicial, deve ser realizada no sentido de eliminar qualquer valoração por parte do juiz, através de códigos que tentam abarcar todas as situações previstas, deixando a produção jurídica, muitas vezes, presa ao texto normativo.

Vale, nesse momento, reproduzir o pensamento de *Cezar Saldanha Souza Junior* sobre o *judicial review*, segundo não existiria propriamente dito, um controle de constitucionalidade naquele país, mas sim um controle de juridicidade, na medida em que os campos de ação do Parlamento e Judiciário são bem distintos. Quem realiza política são estritamente os Parlamentares, enquanto a tarefa de elaborar regras jurídicas e construir Direito cabe aos juízes.

Destarte, fundando-se o controle de constitucionalidade no *judicial review*, os Estados Unidos vistos hoje como o país exemplo de controle de constitucionalidade descentralizado, com jurisdição acumulada, participando o Poder Judiciário concomitantemente do domínio fundamental (nível constitucional) e domínio concreto (nível infraconstitucional) das questões controvertidas surgidas.

No Controle de Constitucionalidade Americano, os efeitos das decisões configuram-se *inter partes*, exceto quando atuar a regra do *stare decisis*, em que a Suprema Corte afasta a incidência de *statute*, por declará-lo inconstitucional, e essa decisão possui poder vinculante. Deste modo, não tendo o modelo por via concentrado sido incorporado nos EUA, analisando a lei de forma abstrata, destacou-se cada vez mais a controvérsia concreta, que quando analisada pela Suprema Corte, pode gerar efeitos *erga omnes*.

Dentro disso, surgirá de forma essencial a figura do *amicus curiae* dentro do processo jurídico norte-americano, participação de terceiros nos feitos necessidade sentida pela sociedade de criar e convencer o Poder Judiciário das possíveis consequências de suas decisões, especialmente no que concerne ao *judicial review*. É notório que o caráter *inter partes* do controle de constitucionalidade norte-americano propicia a consagração do *amicus curiae*, criando ambiente propício para que partes alheias auxiliem na construção de decisões, capazes de dialogar com a dinâmica cultural do país, ainda mais quando brotam temas polêmicos, como ações afirmativas, aborto e a relação entre Estado e igreja.

Nesse sentido, cabe mencionar o julgamento da Suprema Corte no caso envolvendo a Universidade de Michigan, em 2003, que teve questionado o sistema de cotas instituído para alunos de minorias raciais (casos Grutter v. Bollinger e Gratz v. Bollinger). A universidade foi apoiada por mais de 150 *Amicus Curiae*, constituídos por ONGs, empresas públicas, empresas privadas (representantes da elite das 500 maiores dos EUA, segundo cotação da revista Forbes, tais como General Motors, Coca-Cola, Intel, Microsoft, Nike, IBM e outras), as mais conceituadas universidades (como Harvard, Princeton, Yale, Cornell, Brown, Penn e outras) e ainda organizações de direitos civis (NAACP e outras) e organizações de veteranos das Forças Armadas.

Na linha terminativa deste assunto, cabe dizer que a figura do *amicus curiae* veio a modificar a tradicional visão que se tinha do judicial *review*, já que a Suprema Corte torna-se incontestável espaço para os mais diversos setores da sociedade se manifestar sobre lides individuais.

IV - O *amicus curiae* e a experiência européia

Tendo sido analisada a tradição da *common law*, com enfoque em dois países que possuem tal tradição jurídica, nesse momento acerca da tradição romano germânica.

A raiz da *civil law*, na codificação justinianeia, que cairá em desuso na Europa após a invasão de povos nos territórios que tinham sido domínio de Roma. Refloresce então, o direito romano, em meados do século XII e XIII, na Europa Continental, desenvolvendo-se através do trabalho dos glosadores, estudiosos que buscavam, por meio da interpretação do *Corpus Iuris Civilis*, reencontrar o sentido originário das leis romanas.

Naquela época, o Direito Romano atendia as relações temporais, o Direito Canônico era aplicado às questões eclesiásticas com o advento das Cruzadas, cresce o Direito Comercial, dada a sua flexibilização e agilidade.

Com as Revoluções Liberais do final do século XVIII, abre-se espaço para o triunfo dos códigos legais, encarando o poder legislativo como limitador de qualquer poder arbitrário estatal. Nessa ótica, configurou-se que somente os atos normativos emanados pelo Legislativo poderiam ser fonte de direito, levando com que a doutrina do *stare decisis* se mostrasse inconsciente perante a separação de poderes erigida por Montesquieu, uma vez que os precedentes

judiciais estariam em nível secundário, desempenhando o juiz da *civil law*, um papel mais modesto do que aquele da *common law*.

O civil law apresenta portanto no positivismo jurídico, no escrito, para aplicar o direito, caracterizando-se pela generalidade das normas jurídicas, que são aplicadas pelos juízes aos casos concretos, não se observando a vinculação do juiz inferior com tribunais superiores como forma de proferirem sua decisão. No sistema jurídico da *common law*, ao contrário, inferem-se normas gerais a partir de decisões judiciais pronunciadas em casos individuais.

A partir disso, pode-se depreender no que concerne ao controle de constitucionalidade na grande maioria dos países europeus, vigora notável separação entre a jurisdição do Poder Judiciário e a jurisdição constitucional, o modelo de controle dualista: as cortes ordinárias de um lado, dedicadas a conflitos que demandem exame de legislação infraconstitucional e, de outro, as Cortes Constitucionais, que são as únicas competentes para se manifestarem sobre suscitações de inconstitucionalidade de leis, de modo especializado. A novidade neste modelo dá-se na criação de técnica peculiar, na qual a inconstitucionalidade de uma lei pode ser declarada em tese, em uma ação específica, cuja finalidade é o exame da norma em si.

No que instituto do *amicus curiae*, infere-se ao analisar as constituições de alguns países europeus, que ele inexistente no controle de constitucionalidade das leis. Todavia, algumas Leis Orgânicas dos Tribunais Constitucionais contam com dispositivos que permitem aos juízes das Cortes solicitar informações técnicas de experts para auxílio no julgamento da questão.

Na Corte Alemã, por exemplo, existe a possibilidade de qualquer pessoa ou entidade direcionar um memorial na qualidade de *amicus curiae*, desde que submeta sua participação à análise de um catedrático de uma universidade,

para que na prática, o mesmo ajuíze os memoriais. Dessa forma, o que era para ser um acesso plural á Corte, torna-se um debate dialético entre catedráticos, fazendo com que o espírito do cidadão ou entidade colocada no memorial se perca em um debate teórico.

Já na Corte Portuguesa, as poucas referências encontradas sobre o *amicus curiae* na jurisprudência refere-se a presença do Ministério Público ao exarar pareceres sobre questão controversa, tendo o instituto em questão. No acórdão 345/99 foi feita a seguinte referência sobre a atuação do Ministério lico: "*O seu papel é, assim, o de um conselheiro imparcial, assemelhando-se ao de um amicus curiae.*" Nesse sentido, assenta-se que o Ministério Público funciona como órgão auxiliar de justiça, como *amicus curiae*, permitindo ao julgador uma reflexão mais esclarecida das razões expostas e uma decisão melhor ponderada.

O tribunal de justiça europeu e o amicus curiae

O Tribunal de Justiça das Comunidades Européias é composto por um juiz de cada país da UE, constituindo a instituição jurisdicional da Comunidade Européia.

O Estatuto do Tribunal permite que a Corte se valha do auxilio de peritos, ou acate com algumas ressalvas a intervenção de terceiros, nos feitos sob seu julgamento (art. 25 e 40 do Estatuto).

Dessa forma, qualquer pessoa que demonstre interesse na resolução de causa submetida ao Tribunal, exceto se se tratar de causas Estados-Membros, entre Instituições das Comunidades, ou entre Estados-Membros de um lado e Instituições das Comunidades de outro, pode intervir nas causas submetidas ao Tribunal.

Todavia, como bem demonstra o parecer do Advogado Geral da Corte, deve-se o *amicus curiae* distinguir dos eventuais intervenientes. A intervenção não consiste em apresentar articulados ou observações escritas e orais na qualidade de *amicus curiae*. Na verdade, a intervenção deste instituto é indireta e bastante genérica, contemplando petições, requerimentos, observações, alegações, contestações e repostas.

V – O *amicus curiae* e a experiência brasileira

Antes de analisarmos a presença do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro, faz-se imperioso uma pequena análise deste, para que se compreenda de forma precisa a adoção daquele instituto.

O controle de constitucionalidade desde a Constituição de 1891 possui jurisdição cumulada, incorporando matriz norte-americana (via controle incidental) e européia (através do modelo austríaco, via controle concentrado). Dessa forma, os órgãos judiciários são responsáveis tanto pela aplicação do direito ordinário, como competentes para afastar normas consideradas por ele inconstitucionais.

No controle realizado por via de exceção ou defesa a fiscalização constitucional é desempenhada por juízes e tribunais na apreciação de casos concretos submetidos a sua jurisdição. Tecnicamente, a questão constitucional figura como questão prejudicial, que precisa ser decidida como premissa necessária para a resolução do litígio. Já o controle por via principal ou ação direta trata-se daquele exercido fora de um caso concreto, independentemente de uma disputa entre as partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de

preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição.

a) Controle de constitucionalidade incidental

O controle incidental de constitucionalidade é um controle exercido de modo difuso. Por tratar-se de atribuição inerente ao desempenho normal da função jurisdicional, qualquer juiz ou tribunal, no ato de realização do Direito nas situações concretas que lhe são submetidas, tem o poder-dever de deixar de aplicar o ato legislativo conflitante com a Constituição. Singularmente, a faculdade do juízo monocrático de primeiro grau de negar aplicação à norma que repute inconstitucional é desempenhada com mais plenitude e singeleza que a competência dos tribunais para a mesma providência uma vez que para a declaração incidental de inconstitucionalidade, os tribunais sujeitam-se ao *princípio da reserva do plenário*.

b) Controle de constitucionalidade abstrato

A Constituição de 1934 traz de forma embrionária o primeiro modo de se avaliar abstrativamente a constitucionalidade de uma lei, via controle de constitucionalidade. Dispunha ela que após o Supremo declarar a inconstitucionalidade de uma lei, o Senado é informado para que este suspenda a aplicação ou execução. Surge, também, a Ação Direta, muito ligada à idéia da intervenção federal - o decreto de intervenção deveria ser realizado mediante lei, que seria submetida à apreciação do Supremo, por iniciativa do Procurador-Geral da República, para análise da constitucionalidade com base nos princípios sensíveis.

Na Constituição de 1937, há a previsão da revisão, pelo parlamento (representado pelo Presidente da República, pois não havia sido instituído o parlamento), da decisão do Supremo que declarou a inconstitucionalidade da lei. Todavia, não houve aplicação desse instituto, ante o obvio caráter ditatorial.

Com o advento da Constituição de 1946 há o resgate das conquistas da Constituição de 1934. Introduz-se o mecanismo de uma ação direta - representação de inconstitucionalidade, feita pelo Procurador-Geral da República (chefe do MP e advogado da União), contra lei ou ato normativo estadual que pudesse afrontar os princípios sensíveis.

Na verdade, a Constituição de 1988 é a grande responsável pela reformulação do controle abstrato brasileiro. Pela redação de seu artigo 12, depreendemos que a competência para julgar a agora chamada ação direta de constitucionalidade é do STF. A legitimação passiva recai sobre os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação, aos quais caberá prestar informações ao relator do processo, cabendo a defesa ao Advogado Geral da União, que funciona como uma espécie de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público. Já os legitimados ativos se dividem em universais, que são aqueles cujo papel institucional autoriza a defesa da Constituição em qualquer hipótese; e especiais, órgãos e entidades cuja atuação é restrita às questões que repercutem diretamente sobre sua esfera jurídica ou de seus filiados e em

relação aos quais possam atuar com representatividade adequada. São legitimados universais o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara, o Procurador Geral da República, o Conselho Federal da OAB e os partidos políticos com representação no Congresso. Os legitimados especiais compreendem o Governador de Estado, a Mesa de Assembléia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. O Procurador-Geral da República atua mesmo sem ser parte, cabendo a ele emitir pareceres nas ações dessa natureza. Destarte ter havido uma ampliação no rol de legitimados para a propositura desta ação.

V.1 - A inserção do *amicus curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro

O instituto do *amicus curiae* surge no controle de constitucionalidade brasileiro em 1999, como forma de democratizar o sistema, deixando-o mais aberto e livre, oferecendo alternativas para uma nova forma de interpretação constitucional e sedimentando o que se denomina “comunidade aberta de intérpretes”. Nesse sentido faz-se senhor citar as palavras do jurista alemão Harberle, em que “os critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for à sociedade”.

Nessa esteira de pensamento, incontestável é afirmar que não só os poderes públicos, mas também diversos entes privados, embora não oficialmente, realizam a interpretação das leis. Com isso, a adoção do *amicus curiae* em nosso sistema é um modo não só de democratizar a esfera jurídica constitucional, mas também de auxiliar os tribunais a aferirem prognoses e fatos legislativos. Na doutrina de Gilmar Mendes, uma aferição dessa forma, garantiria a comunicação entre o fato e norma, de modo a adicionar ao

processo de conhecimento a investigação integrada de elementos fáticos e jurídicos.

a) O *amicus curiae* no controle abstrato

O “amigo da corte” que intervém em controle concentrado é aquele interessado que presta informações sobre questão de natureza fática e jurídica concernente ao objeto da controvérsia cuja função precípua é a de chamar a atenção dos julgadores para alguma matéria que poderia de outra forma, escapar-lhes ao conhecimento.

Nessa análise, dir-se-á que ante a necessidade de se garantir a efetividade e legitimidade das decisões do Tribunal foi que inovou o legislador, ao consagrar a figura do *amicus curiae* à aferição concentrada de constitucionalidade em sede de ação direta, instituto este cujo objetivo principal é o de juntar aos autos informações ou pareceres, trazendo à baila importantes considerações quanto à matéria de direito a ser discutida na Corte Constitucional, como também quanto aos reflexos de eventual decisão acerca da constitucionalidade ou não da norma objurgada.

A Lei nº 9.868/99, além de reproduzir a legitimidade ativa à propositura da ação direta de inconstitucionalidade prevista no artigo 103 da Carta Federal, passou a permitir também que o relator, diante da relevância da matéria e da representatividade dos postulantes, possa, mediante despacho irrecorrível, admitir a manifestação de outros órgãos ou entidades que não os já previstos como legitimados ativos, desde que demonstrado o interesse jurídico na causa, não sendo suficiente a demonstração de interesse puramente econômico.

Assim, aos órgãos e entidades cuja legitimação não decorre do Texto Maior, mas sim da demonstração de que a matéria em análise acarretará considerável repercussão à sociedade bem como da comprovação de que representam algum setor social, sua admissão como *amicus curiae* encontra-se positivada no § 2º do artigo 7º da mencionada Lei.

Dentro disso, o legislador ampliou os canais de comunicação com o STF, instituindo, no âmbito da ADIN, da ADC e da ADPF instrumentos já tradicionais, como perícia ou a requisição de informações aos tribunais.

Há, contudo, requisitos a serem preenchidos pelo colaborador do Tribunal a fim de que defira o relator sua participação no processo: o primeiro diz respeito à relevância da matéria em discussão, e o segundo, à representatividade do postulante que pretende, dessa forma, manifestar-se. Não obstante, uma vez deferida, não pode o membro do Supremo Tribunal Federal restringi-la, devendo, ao contrário, permitir sua plena participação, inclusive mediante sustentação oral perante os ministros.

Ademais, sua participação sempre será oportuna ao reverter em enriquecimento do debate quanto à questão constitucional em análise, legitimando a intervenção “nas razões que a tornem útil e desejável, de forma a proporcionar meios que viabilizem a adequada solução” da controvérsia.

Finalmente, na análise desta questão, deve-se distinguir a adoção deste ao se tratar da ADIN e da ADC e quando se tratar da ADPF. Nas primeiras ações, há a previsão da participação de órgão e entidades, não se podendo intervir voluntariamente pessoas físicas. Já a lei da ADPF, admite a manifestação de todos aqueles interessados no processo e os legitimados a atuarem como *amicus curiae* formariam um rol mais intenso.

a) O *amicus curiae* no controle incidental

Desde 1999, é possível a manifestação de terceiros perante os Plenários e Tribunais. Ao artigo 482 do CPC, adicionaram-se os seguintes dispositivos:

§ 1º O Ministério Público e as pessoas jurídicas responsáveis pela edição do ato questionado, se assim o requererem, poderão manifestar-se no incidente de inconstitucionalidade, observados os prazos e condições fixados no Regimento interno do Tribunal.

§ 2º Os titulares do direito de propositura referidos no Art. 103 da Constituição poderão manifestar-se, por escrito, sobre a questão constitucional objeto de apreciação pelo órgão especial ou pelo Pleno do Tribunal, no prazo fixado em Regimento, sendo-lhes assegurado o direito de apresentar memoriais ou de pedir a juntada de documentos.

§ 3º O Relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá admitir, por despacho irrecorrível, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

Nesta esteira, não se pode perder de vista "a reforma do judiciário" operada pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Assim, a criação da súmula vinculante, bem como do instituto da repercussão geral, retraçaram as linhas do recurso extraordinário, possibilitando que a decisão tomada num único recurso entre duas partes, previamente determinadas e individualizadas, pudesse ultrapassar os limites daquele processo específico e atingir de modo certo centenas de outras relações jurídicas, que sequer chegaram a ser apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. O recurso extraordinário, destarte, deve versar a respeito de questão relevante, que transcenda o interesse meramente individual das partes do litígio.

A partir disso, nota-se ainda mais o papel político do Supremo Tribunal Federal com a inovação processual, já que a ele confere-se discricionariedade de examinar apenas os casos de maior relevância, aos moldes do que ocorre com a Suprema Corte Norte-Americana, com o *writ of certiorari*.

Neste ponto é que a figura do *amicus curiae* ingressa como fonte legitimadora das decisões proferidas em sede de controle difuso com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante.

Dessa forma, como no controle realizado por via principal, admite-se a interposição de petição de *amicus curiae* pelos legitimados do art. 103 da CRFB/88 ou por outros órgãos ou entidades com a devida representatividade.

Mercem destaque, ainda, recentes previsões no Direito Brasileiro, de atuações do *amicus curiae* que não se restringem apenas ao âmbito do STF, mas se estendem a outras esferas do Poder Judiciário, como dos Juizados Especiais e do STJ. Assim, no âmbito dos Juizados Especiais, os artigos 14 e 15 da Lei 10.259/01 autorizam que eventuais interessados também participem do Procedimento de Uniformização de Jurisprudência e dos recursos extraordinários, a critério do relator.

V.2 - A natureza da atuação do *amicus curiae* para a doutrina e jurisprudência brasileira.

Modernamente não existe definitivamente uniformidade jurisprudencial sobre a espécie de ligação que o amigo da Cúria deve possuir com a causa em discussão.

O Supremo Tribunal da Justiça proferiu decisão afirmando que a natureza do *amicus curiae* está em opinar em favor de uma das partes, o que o torna um singular assistente, porque de seu parecer exsurge o êxito da uma delas.

Por outro lado, todavia, a manifestação do Min. Ricardo Lewandowski, na ADPF 134/CE, em suma afirmou que o *amicus curiae* deve fazer jus ao nome, ou seja, ser amigo da corte e não das partes.

No que concerne a doutrina, também não se tem precisão a definição sobre o tema. Dentro disso, observa-se a existência de três correntes doutrinárias, quais sejam a que defende a natureza jurídica de intervenção de terceiros do *amicus curiae*, através de uma assistência qualificada; a que aduz ser a atuação do amigo da corte uma intervenção atípica de terceiro; e a que assevera ser a presença do *amicus curiae* no processo manifestação de um auxiliar do juízo.

Reside na primeira corrente o entendimento de que somente está autorizado a intervir em uma lide quem logre demonstrar a existência de interesse jurídico com a matéria discutida na demanda. Assim, a principal idéia extraída deste pensamento é a de que o interesse na resolução do conflito a favor de uma das partes deve ser imprescindível e útil aos esclarecimentos prestados ao Tribunal, isto é, que os conhecimentos específicos do *amicus curiae* somente possuem relevância na medida em que sejam utilizados de modo imparcial e contribuam para o esclarecimento da questão posta à análise do Estado-Juiz.

A segunda corrente, composta pela imensa maioria dos juristas, acredita que a manifestação deste instituto seria uma espécie de intervenção de terceiros, distinta daquelas já conhecidas e arroladas no Código de Processo Civil ainda em vigor.

Conforme regra geral já relatada, somente é autorizada a intervenção de terceiros estranhos a determinada lide na medida em que demonstrem ter interesse jurídico de que a sentença seja favorável a uma das partes – assistência simples – ou toda vez que a decisão houver de influir na relação jurídica entre o assistente e o adversário do assistido, caso no qual a assistência é qualificada de litisconsorcial.

Por fim, a terceira e última corrente doutrinária defende que a natureza jurídica do colaborador da corte é a de auxiliar do juízo. Tal linha de pensamento é, dentre as encontradas na doutrina, a que conta com menos adeptos.

Para os defensores dessa tese, o fato do auxiliar assumir uma posição neutra diante das partes, unicamente interessado em municiar o Tribunal com argumentos para a melhor solução da lide, é suficiente para distanciá-lo de qualquer outra corrente ideológica que exija a presença de interesse jurídico ou econômico.

Portanto, é notório que o auxiliar não intervém para salvaguardar direitos subjetivos próprios, não é parte no processo e não alega pretensões jurídicas em favor de nenhuma das partes, limitando-se a apresentar observações sobre questões de fato e de direito atinentes à controvérsia que poderiam revelar-se em auxílio para uma das partes, ou, mesmo ao contrário, ser desprovida de caráter *ad adiuvandum* e melhor voltadas à definição objetiva do quadro probatório e normativo.

V.3 - Participantes como *amicus curiae* no Brasil

Podemos identificar e classificar as categorias de *amicus curiae* perante o STF em organizações privadas que representam amplos segmentos, em defesa aos direitos fundamentais organizações profissionais, com especial destaque às entidades defensoras de interesse do funcionamento público e órgãos públicos e unidades governamentais.

Nas primeiras elencam-se entidades religiosas, organizações não-governamentais, associações protetoras dos direitos dos consumidores e do meio ambiente, associações médicas e científicas, entidades filantrópicas, entre outros. Nesse sentido, cumpre esclarecer que até hoje, já foram admitidos como *amicus curiae* a Associação Nacional de Biossegurança, a Associação Nacional de Pequenos Agricultores, a Associação Civil Greenpeace e o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Nas segundas, os ministros do STF deferem a organizações profissionais o papel de amigas da Corte. Nessas organizações é possível elencar sindicatos, federações, confederações e associações profissionais, algumas com nítido interesse econômico da ação. É possível, inclusive, ter-se a intensa participação de entidades ligadas ao funcionamento público.

Finalmente, no que concerne aos órgãos públicos e unidades governamentais, infere-se que apesar da legitimidade para propor ações não ter sido ampliada, a abertura proporcionada pela regra do *amicus curiae* resultou o gradativo aumento de número de órgãos e pessoas jurídicas de direito público atuantes perante o STF, especialmente pela via abstrata. Em linha exemplificativa, podemos citar o admissão como *amicus curiae* do município de Fortaleza na ADI 3908/DF, da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) na ADI 4102/RJ, e por fim, do Ministério Público do Rio Grande do Sul na ADI 3889/RO.

VI - CONCLUSÃO

Por todo exposto no presente trabalho, inferimos que o surgimento do *amicus curiae*, iniciado na Inglaterra edificado sob as bases jurídicas da Common Law, encontrou nos Estados Unidos um terreno ainda mais sólido para desenvolver-se e disseminar-se, atribuindo-se este fenômeno institucionalização do *judicial review*.

No direito brasileiro, tal instituto ainda desperta inúmeras dúvidas junto à doutrina e jurisprudência. Entretanto, apesar dessas incertezas, decorrentes da recente normatização, o certo é que a função do *amicus curiae* se consolidou perante o controle concentrado de constitucionalidade, exercido pelo STF.

Sua consagração, no direito brasileiro, é fruto do amadurecimento das Instituições, medida que o *amicus curiae* contribuiu para a democratização do acesso ao controle concentrado de constitucionalidade. Entender a adoção deste instituto em nossa jurisdição é lançar nosso olhar para a possibilidade de se ampliar o processo democrático na sistemática do nosso controle de constitucionalidade, congruente com o caráter principiológico que edifica nossa Carta Magna.

No aspecto político, o *amicus curiae* se justifica pela necessidade de se pluralizar o debate constitucional acerca de determinados temas de relevante alcance social. Sua intervenção deve apoiar-se em razões que torne útil a sua atuação processual na causa, de modo a proporcionar meios que viabilizem uma adequada resolução do litígio constitucional, pluralizando o debate constitucional.

REFERENCIAS:

BASTOS, Celso Ribeiro. **As modernas formas de interpretação constitucional**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>.

BINENBOJM, Gustavo, **A dimensão do Amicus Curiae no Processo Constitucional Brasileiro**: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo Saraiva, 2006.

BUENO FILHO, Edgar Silveira. **A democratização do debate no processo de controle de constitucionalidade**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ -

Centro de Atualização Jurídica, nº 14, julho/agosto de 2002, disponível na internet: www.direitopublico.com.br.

PEREIRA, Milton Luiz, **Amicus Curia** “Intervenção de terceiros. In Revista de Processo. São Paulo: RT, nº 28, 2”

CUNHA BISH, Isabel. **O Amicus curiae, as tradições jurídicas e o controle de constitucionalidade**. Livraria do Advogado, 2010.

TAMANAHA Brian Z. On the rule of law. **History, Politics, Theory**, 4 ed. Cambridge: University Press, 2006, p. 15-28.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Saraiva, 15 ed., 2011.

BELLHOUSE; LAVERS, **The Modern Amicus Curiae**, cit., p. 189-190.

SOUZA, Junior, **A Supremacia do Direito**, cit., p.120-121.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed, São Paulo. Malheiros, 2000.

BOBBIO, NORBERTO. **O futuro da democracia**. 7 ed.rev. ampl. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Vice-Presidente da Comissão de Prevenção e Dependência Química. E-mail: mapoloramidan@yahoo.com.br