

BREVES NOTAS SOBRE EFETIVIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA SOB O NOVO CÓDIGO CIVIL

Hugo Maurício Sigelmann

Procurador aposentado do Estado do Rio de Janeiro
Advogado

No começo da segunda metade do século passado, eram idéias correntes nos meios jurídicos nacionais que o direito brasileiro, sob a vigência do Código de Processo Civil de 1939, não contemplava a execução específica das obrigações de fazer, ao contrário do que ocorria no direito norte-americano.

Essa informação era regularmente transmitida aos investidores americanos que começavam a afluir ao Brasil e que já então (como até hoje) se mostravam interessados em saber como funcionava a ordem jurídica nesse país desconhecido e o que seria possível nele encontrar no que tange à eficácia dos contratos.

Sem maior aprofundamento, quanto ao direito brasileiro o conceito foi tido como válido durante muito tempo; apenas com o advento do Código de Processo Civil de 1973, embora ainda timidamente, deu-se um primeiro passo no sentido de admitir no direito positivo, de modo mais claro, um mecanismo de coação ao devedor recalcitrante, para induzi-lo a praticar o ato a que se obrigara. Isto é, obter a execução específica da obrigação de fazer. Todavia, ainda nessa altura o problema não ficou inteiramente definido, como se verá adiante.

Ao que se pode deduzir, no entanto, a idéia corrente a respeito desse instituto no Brasil, sob o Código de 1939, é sua comparação com o direito norte-americano, não correspondia exatamente à realidade.

No tocante ao direito brasileiro, a doutrina reproduz sistematicamente o ensinamento que se encontra em Liebman¹ segundo o qual, na esteira do Direito Romano, e do Direito Francês (art. 1142 do Código Napoleônico), toda obrigação de fazer ou não fazer inadimplida se resolveria em perdas e danos.

Tanto no Direito Romano como no Direito Francês, contudo, o desenvolvimento da técnica levou à criação de distinções. No Direito Romano, sob o processo formulário, a condenação a que estava sujeito o devedor era normalmente de caráter pecuniário. No regime da "extraordinaria cognitio", no entanto, a condenação pecuniária só ocorria quando se tornasse impossível a execução específica, ou por perecimento da coisa ou quando se tratasse de prestação de fato do devedor, insuscetível de ser constrangido a praticá-lo pela força².

¹ "Processo de Execução". Ed. Saraiva & Cia., S. Paulo, pág. 335 - s/data

² "Direito Romano" de José C. Moreira Alves, 5.ª ed., Forense 1995, pág. 49 do II volume

No direito francês, segundo ainda a lição de Liebman³, o Código impunha a execução específica se a obrigação pudesse ser prestada por terceiro. Continuavam excetuadas as obrigações infungíveis, isto é, aquelas em que a prestação estivesse ligada a características ou qualidades absolutamente pessoais do obrigado, incomportando sua substituição por terceiro.

É a regra acolhida no artigo 880 do Código Civil Brasileiro de 1916.

É certo, porém, que o próprio Código Napoleônico, artigos 1143 e 1144, admitia a execução específica quando se cuidasse de obrigação passível de satisfação por terceiros, ou seja, obrigação fungível⁴, em que interessa é obter o resultado prático e não a figura do devedor.

Como, porém, os credores não se sentissem ainda satisfeitos, a jurisprudência francesa concebeu o sistema das conhecidas “astreintes”, palavra de difícil tradução (equivalente a “coação”, “construção”), mas que se refere a uma condenação pecuniária “formidável”, por meio da qual se buscava induzir o devedor a cumprir a obrigação. Com esse método, o devedor ameaçado pelo vulto da penalidade, imposta por dia de descumprimento, por exemplo, preferia satisfazer a obrigação. A novidade dessa pena é que ela não corresponderia ao prejuízo resultante ao credor pelo inadimplemento do devedor, porquanto não tinha limite, tratando-se, pois, de meio muito eficaz de obter o cumprimento da obrigação tal como pactuada⁵.

Não se encontrava explícito, no CPC-39, mecanismo semelhante, mas o art. 1005 previa, no caso de obrigação infungível, que o juiz impusesse pena pecuniária ao devedor pelo inadimplemento, entretanto limitada ao valor da prestação, o que na prática lhe subtraía a força coativa da “astreinte”. Mas não se poderia dizer, de modo absoluto como era corrente, apesar da regra do art. 999 do CPC, que não fosse conhecida no Brasil, pelo menos, a idéia da execução específica, conquanto de difícil implementação.

A jurisprudência, embora com naturais divergências, admitia que a regra do art. 302, XII, do CPC-39, que dispunha sobre ação cominatória, muito se aproximava do conceito da execução específica, implementada com uso de medida coativa pecuniária, como se observa de alguns exemplos, a seguir descritos.

A 1.ª Câmara do Tribunal de Alçada de S. Paulo decidiu: “Não é aceitável o entendimento de que a ação cominatória seja imprópria para exigir o cumprimento das obrigações de fazer, quando se trate de prestação de natureza fungível” (Ap. Cív. 113762, de 14-10-68, in “Rev. Forense” 219/163).

Decisão de 20-7-66, oriunda da Seção Cível do TJ-SP, em julgamento de recurso de revista, portanto com maior peso, estabeleceu que

“não veda o sistema brasileiro a imposição de multa diária nas ações cominatórias, nem ela contraria o CPC”. (“Rev. For.” 223/186).

Em acórdão de 10 de setembro de 1964, a 3.ª Câmara do TJ-SP, assim determinou: “A ação cominatória é procedimento adstrito a disposição legal ou contratual que contenha execução específica da obrigação assumida” (in “Rev. Forense” 217/159, ap. cív. 129053).

O Tribunal de Justiça do Paraná, por sua 2.ª Câmara Cível, mostrou-se mais incisivo: “Desde que o Código de Processo Civil consagra a coercibilidade das prestações de fazer, inclusive das de caráter pessoal, prescrito está do nosso direito o brocardo” nemo ad faciendum cogi potest” (ap. cív. 87/67, de 10-5-67, in “Rev. Trib.” 385/251). Essa fórmula latina é sempre citada quando se quer sustentar a inviabilidade da execução específica das obrigações de fazer, e foi concebida por Antonio Fabro, de quem a extraiu Pothier, usando-a no seu famoso “Traité des Obligations”⁶.

Já acórdão da 1.ª Câmara do TJ-SP, de 26 de maio de 1966, afirma a doutrina mais corrente, ao dispor que “a multa diária imposta ao réu na ação cominatória não pode exceder o valor da ação, pois o direito brasileiro não admite a ‘astreinte’, existente no direito francês” (“Rev. For.” 220/208, ap. cív. 152571).

Prova do dissídio que então lavrava na doutrina e na jurisprudência nos é dada pelo E. Supremo Tribunal Federal, em acórdão da Turma Especial, de 13 de junho de 1969, relatado pelo Min. Amaral Santos⁷. Bom tempo esse em que o Supremo Tribunal Federal podia emitir uma erudita decisão que ocupasse sete páginas de publicação impressa!

O interessante no caso, em que se discutia a execução de obrigação de não fazer, é que o recorrente invocou a opinião do doutrinador Moacir Amaral Santos de modo a que este, como julgador, desagradou profundamente, sentimento que ele expressou, deixando claro que seu ensinamento era diametralmente oposto ao que sustentava a parte.

Com efeito, o recorrente atribuiu ao doutrinador a opinião de que seria inadmissível, no sistema do Código Civil de 1916, a coerção cominatória para satisfazer obrigações de fazer, cuja inexecução se resolve em perdas e danos.

A tais afirmações, respondeu o julgador que de fato eram suas as palavras citadas entre aspas, mas que ali se achavam precisamente para demonstrar que “essa concepção é anacrônica e superada pela doutrina moderna, aliás, acolhida por vasta jurisprudência”.

É lançando mão do que escrevera como doutrinador, estendendo em precisas considerações, tendentes a substanciar seu pensamento de que nada impede que a vontade do obrigado possa ser convencida ou conduzida, por meios coercitivos indiretos, a cumprir a obrigação. Para isso, continua, o

³ - *op. cit.* pág. 336

⁴ Liebman, *op. cit.* pág. 336

⁵ - Para outras explicações, consulte-se o “Tratado do Processo de Execução” por Antonio Carlos Costa e Silva - 2.º volume, págs. 1144 e 1145 - Aide Editora

⁶ Liebman, *op. cit.* pág. 335

⁷ in Rev. For., vol. 232/85 - 93

instrumento apropriado seria a ação cominatória, “que se vale da cominação de uma pena, destinada a convencer o devedor da conveniência de prestar o fato, conforme o estabelecido na convenção ou prescrito pela lei”.

Não deixa de observar, no entanto, que no caso das obrigações infungíveis, “inexecutáveis em forma específica sem adesão da vontade do devedor, o obstáculo é antes de ordem natural do que jurídica, pois ocorre pela impossibilidade material ou moral de substituir-se o obrigado por terceiro, no cumprimento da obrigação”.

Uma conclusão válida, talvez, seria a de que, embora o conceito de execução específica das obrigações de fazer, sob o Código de 1939, não fosse desconhecido em nosso direito, sua normação deixava a desejar quanto à eficácia, razão que levou a seu abandono, autorizando a fórmula simplista e corrente que proclamava sua inexistência entre nós.

O movimento para a frente, buscando eliminar a concepção “anacrônica” verberada pelo Min. Amaral Santos, que o Código de 1973 empreendeu, não conseguiu alcançar interpretação unânime na jurisprudência, como o revela uma pesquisa sobre as decisões do E. Superior Tribunal de Justiça⁸.

O acórdão da 3.^a Turma, de 3 de setembro de 1991 (Rec. Esp. 8065) salienta que o CPC-73 não estabeleceu limites à pena pecuniária cominada ao atraso no cumprimento das obrigações de fazer ou não fazer, rejeitando a aplicação do art. 920 do CC-1916 sob o esclarecimento de que aquele visava a coibir abusos nas penas convencionais, enquanto a cominação judicial objetiva garantir a efetividade do processo⁹.

Já a 4.^a Turma, em decisão de 17 de março de 1992, adotou postura mais conservadora: embora reconhecendo que a pena do art. 644 do CPC-73 equipara-se à “astreinte”, não pode ensejar enriquecimento sem causa, pelo que, inviabilizada a execução específica, resolve-se a obrigação em perdas e danos, impondo-se acatar os princípios dos artigos 920 e 924 do CC-1916. Ou seja: limita-se o montante da multa ao valor da obrigação principal¹⁰.

Abordando o tema novamente, a 3.^a Turma, em 22 de março de 1994, lavrou interessante acórdão, no qual enfrentou a divergência jurisprudencial e esforçou-se por harmonizar o entendimento da Turma, com clara opção pela índole coercitiva, e não de ressarcimento, agora adotada pelo art. 664 do CPC-73, e assim nega a possibilidade de estabelecer-se limite para a multa cominatória, afastando expressamente a aplicação do art. 920 do CC-1916¹¹.

⁸ A novidade trazida pelo CPC-73 consistiu na supressão do limite para o valor da multa, antes constante do art. 1005 do CPC-39. Veja-se “Comentários ao CPC”, vol. VI, tomo II, por A. de Mendonça Lima, Forense, 1974, pág. 753 e “Comentários ao CPC”, vol. VIII, por Amílcar de Castro, RT., 1974, pág. 179.

⁹ D.J. 23-9-91, encontrado no arquivo eletrônico

¹⁰ - D.J. 17-3-92 - arquivo eletrônico

¹¹ - D.J. 25-4-94, via arquivo eletrônico; o art. 920 corresponde ao art. 412 do novo Cód. Civil

Ainda a 3.^a Turma, em acórdão de 17 de março de 1998, também se dedicou a analisar as alegadas divergências jurisprudenciais, concluindo que, embora no CPC-73 não haja limite para a multa cominatória, ao contrário do que dispunha o art. 1005 do CPC-39, o que se busca punir é a recalcitrância do devedor. Se, porém, caracteriza-se a impossibilidade de prestação, esta se resolve em perdas e danos, cabendo então obedecer à regra do art. 920 do CC-1916¹².

Em acórdão de 23 de setembro de 1998, a 4.^a Turma acolhe o método das “astreintes”, mas não deixa de ressaltar que o juiz tem o poder de reduzir a pena, com atenção ao disposto no art. 920 do C.C. 1916, embora não aplicável ao caso sob apreciação, por outros motivos¹³.

Daí por diante, sobrevindo a Lei n.º 8952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou o art. 461 do CPC-73, o Superior Tribunal de Justiça, levando em conta a “abertura para uma grande plasticidade das funções do juiz no comando do processo e empenho pela efetividade de suas decisões” nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, passou a aplicar a “astreinte”, sem limite, ainda nas hipóteses em que o credor não o havia requerido ou em que o devedor era a Fazenda Pública¹⁴.

No entanto, veio o sistema se aperfeiçoando, de modo a não deixar dúvida sobre a consagração do mecanismo da execução específica compulsória das obrigações de fazer e não fazer, como se vê das Leis n.º 8952 e 8953, de 13 de dezembro de 1994, e da Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002. Parece inegável, porém, que esses textos carecem de harmonização, como pondera a doutrina¹⁵.

O Direito norte-americano

De modo geral, os autores brasileiros que tratam do tema repetem a usual tese de que o direito norte-americano privilegia a execução específica das obrigações de fazer. É corrente a lição de que o método da “specific performance” era pouco usado sob a “common law”, constituindo criação da “equity”. Seu funcionamento prático repousa sobre a idéia de que o juiz impõe a “specific performance” da obrigação de fazer ou não fazer e pune a transgressão a título de “contempt of court”, isto é, insubordinação à autoridade judicial, numa ordem jurídica em que o juiz é um personagem dotado de grande autoridade¹⁶.

Melhor análise da matéria, no entanto, revela-nos que tal linha de pensamento comporta variações que apontam para conclusões mais diversificadas.

¹² - D.J. 17-8-98, via arquivo eletrônico

¹³ D.J. 18-12-98, via arquivo eletrônico

¹⁴ - R.Esp. 201.378 - D.J. 21-6-99; R.Esp. 196.931 - D.J. 8-3-2000, R.Esp. 235.325, D.J. 26-6-2000 e R.Esp. 267.446, D.J. 23-10-2000.

¹⁵ - v. interessante estudo de Ada P. Grinover, na “Rev. Forense”, vol. 333, págs. 3 a 14

¹⁶ - v. artigo de Luiz Guilherme Marinoni - “Rev. Forense” 338/137

O professor Arthur Nussbaum, da Universidade de Columbia, faz interessante síntese dos regimes vigentes em tema de execução de obrigações não monetárias, que parece oportuno trasladar a estas notas¹⁷.

Com precisas palavras, o prof. Nussbaum ensina que, desde o século XVI, a “common law” vem desenvolvendo a teoria de que o devedor que não dá cumprimento específico a sua obrigação, como lhe ordenou o juiz, incorre em contumácia ou rebeldia, ou seja, “contempt of court”, podendo ser punido até com prisão. Tal conceito, continua ele, é desconhecido na maioria dos códigos latinos, ao contrário do que ocorre em relação aos códigos dos países da Europa Central.

Depois de referir a fórmula do direito romano (“*omnis condemnatio pecuniaria est*”), já abandonada pelo sistema de direito civil, salienta, com ênfase, que esse “constitui princípio fundamental do direito anglo-norte-americano”. Acrescenta, ademais, que no regime da “equity” existe minucioso corpo de normas dispondo as condições sob as quais o tribunal pode determinar as execuções específicas da obrigação, cabível esta apenas quando o pagamento das perdas e danos seja, nas circunstâncias, considerado inadequado. E conclui: “Mas o normal é que as obrigações não monetárias sejam transformadas em perdas e danos, tal como ocorria no direito romano”.¹⁸

Seu estudo deixa claro que Nussbaum favorece a solução das obrigações por meios monetários, que é o fulcro de sua preocupação científica. Daí que, ao lembrar que nos países da Europa Central o credor tem meios de obter a execução específica das obrigações não monetárias (que ele acha preferível à solução anglo-norte-americana), não deixa de assinalar que a questão não tem importância prática, pois os credores, por conveniência, preferirão alcançar a satisfação de seu direito mediante recebimento de indenização em dinheiro, sempre mais fácil.

E arremata, sobre o ponto que nos ocupa: “Do ângulo da doutrina monetária, o importante é que no direito anglo-norte-americano toda obrigação é real ou potencialmente monetária”.¹⁹

Um manual sobre contratos, de uso comum nos meios acadêmicos dos Estados Unidos, além de em geral confirmar a exposição do prof. Nussbaum, acrescenta pormenores que merecem atenção no quadro desta análise²⁰.

O capítulo se abre com a inequívoca declaração de que a compensação (“remedy”) usual para o descumprimento de um contrato é um pagamento em dinheiro (“money damages”) concedido por sentença. Quando, porém, esse pagamento não for capaz de compensar adequadamente o credor pelo dano sofrido, o tribunal pode conceder o tipo de reparação previsto no

sistema da “equity” (“equitable relief”).

Segue-se o esclarecimento de que, historicamente, o “equitable relief” era concedido por um sistema diferente de tribunais (“the courts of equity”) enquanto a indenização monetária por perdas e danos era aplicada pelos tribunais da “common law”. Considerando que, atualmente, esses dois sistemas judiciários estão unificados em quase todos os Estados norte-americanos, o mesmo juiz tanto pode conceder indenização como o “equitable relief”. Como exemplo desta, para esclarecer, encontramos a nossa obrigação de fazer (“specific performance”) e não fazer (“injunction”). Há matizes que não se pode perder de vista. Assim, o exemplo clássico de execução específica ali citado (vender certo terreno) para nós constitui obrigação de dar, que não é objeto de nossa análise e é questão de há muito resolvida.

Os tribunais americanos hoje, explicam os autores, resistem menos a ordenar a execução específica (“equitable relief”) do que o fizeram no passado. Mas permanece válida a regra de que a compensação padrão e preferencial (“the standard, and preferred remedy”) para a quebra de contrato será a indenização por perdas e danos da “common law”; a compensação da “equity” terá lugar apenas nos casos em que a alternativa do pagamento em dinheiro não for adequada.

Como existe certa margem de indefinição, os autores põem-se a listar as hipóteses em que os tribunais decidiram-se por aplicar um ou outro método de compensação ao credor frustrado em sua expectativa.

Naturalmente, há divergências entre as concepções do direito brasileiro e as do direito norte-americano. Dois pontos, no entanto, parecem mais relevantes.

O primeiro diz respeito à imperiosa necessidade de definir, com absoluta nitidez, as obrigações estipuladas no contrato, para que o tribunal se sinta autorizado a condenar o devedor à execução específica. Isso porque considera-se a gravidade da punição a ser imposta ao devedor recalcitrante, no caso da execução específica, sob a doutrina do “contempt of court”, em contraposição à relativamente suave condenação a satisfazer perdas e danos.

O segundo ponto se refere às severas restrições impostas, sob a “equity”, à outorga de condenação à execução específica dos contratos que envolvem serviços pessoais. Ou como se expressam os autores citados: “Courts will almost never order specific performance of a contract for personal services. Rest. 2nd, § 367 (1)”²¹. A observar que assim se entende porque o contrário poderia parecer “involuntary servitude”. Ou seja, nossa antiga preocupação com a afronta à liberdade individual, que impede a exigência de execução específica da obrigação infungível.

Nada obstante, registra-se que os tribunais (com as muitas exceções de praxe) têm concedido “injunction”, isto é, ordem para cumprir obrigação de não fazer, compelindo empregado despedido a não trabalhar para

¹⁷ – Arthur Nussbaum, “Derecho Monetario Nacional e Internacional”, trad. e notas de Alberto D. Schoo, Ediciones Arayú- Bs. Aires, pág. 221.

¹⁸ – op. cit., pág. 223

¹⁹ – op. cit., pág. 225.

²⁰ – “Contracts” por Steven Emanuel e Steven Knowles, 4.ª ed., Larchmont, N.Y.- 1990.

²¹ – op. cit., pág. 269

competidor do ex-empregador, em razão dos segredos comerciais a que teve acesso. Por outro lado, dentro da tendência mais moderna refletida no Código Uniforme de Comércio (UCC), os tribunais têm sido mais liberais quando se trata de contrato de compra e venda de mercadorias, exigindo a entrega do bem vendido (para nós, simples obrigação de dar) se se trata de coisa única, isto é, insuscetível de ser fornecida por terceiro.

Existe, ao que parece, explicação de ordem prática para essa aparente aversão dos tribunais norte-americanos a comandar execução específica. É que lá, ao passo que o juiz não conduz a instrução do processo, deve ter ingerência na execução dos julgados, de tal sorte que o tribunal parece relutar em envolver-se nas dificuldades inerentes à execução forçada.

Vale mencionar, ainda mais pela nota pitoresca que às vezes apresentam, para nós, as decisões judiciais norte-americanas, um caso que, remontando a 1833, constitui conhecido "standard", sempre citado. Deve ser o equivalente da figura do pintor que se recusa a pintar o quadro a ele encomendado, que é exemplo unânime na doutrina brasileira, quando se trata de descrever uma obrigação de fazer infungível...

No caso norte-americano, tratava-se de um empresário e de uma cantora de ópera; o empresário, autor, pleiteou ao tribunal a concessão de ordem para obrigar a ré... a cantar. O tribunal denegou o pedido, alegando que, se o deferisse, não seria capaz de determinar se a execução prestada pela ré estaria de acordo com o "spirit and intent" do contrato, dada a falta de familiaridade do tribunal com a língua italiana ou com as "peculiar beauties of the Italian opera".²²

Em duas decisões judiciais norte-americanas observa-se um largo debate sobre a distinção entre "legal remedy" e "equitable remedy", em que as partes contendem sobre a aplicação de um e outro método de reparação, mostrando os tribunais clara tendência a preferir o "legal remedy", isto é, pagamento de perdas e danos, sob argumento de que este, nas circunstâncias, proporciona adequada compensação.²³

Reavaliando a execução específica

Essa ainda visível resistência dos tribunais norte-americanos a aderir incondicionalmente ao método da execução específica, tratando-se de povo inspirado por conhecidos princípios de pragmatismo, faz refletir: seria a execução específica a melhor maneira de solucionar conflitos obrigacionais, quando envolvem prestações pessoais ou personalizadas?

Tem sido visto que muitas vezes a exigência da execução específica, principalmente em contratos de maior prazo, dá lugar a exigências

mesquinhas, movidas por sentimentos menos nobres, que não guardam relação com um benefício econômico razoável. O que se deseja, na verdade, é retaliar o outro contratante ou espezinhá-lo, em simples exercício de vaidade ou exacerbado amor-próprio.

O exemplo mais gritante e dramático desses sentimentos vem-nos da literatura. É bem conhecido, da comédia de Shakespeare "O mercador de Veneza" (c. 1594), o conflito entre Antonio e Shylock.

Em resumo, para quem não conhece a trama, relata-se que, para acudir a um amigo, Antonio, rico, mas momentaneamente sem dinheiro (estava sem liquidez, diríamos hoje) tomou emprestada larga soma a seu inimigo Shylock. Este, de má vontade, condicionou a concessão do empréstimo a que Antonio lhe prestasse uma caução: se vencesse o mútuo e não fosse pago, Shylock teria o direito de cortar uma libra da carne do corpo de Antonio. Este aceitou a imposição, certo de que, no vencimento da obrigação, teria recursos para saldar a dívida, o que não ocorreu, por uma série de circunstâncias. Os amigos de Antonio e mais o doge, todos se empenharam em pagar a Shylock, a indenizá-lo até pelo triplo do que havia emprestado, mas tudo foi inútil, porque ele queria, efetivamente, vingar-se de Antonio, usando para isso a letra do contrato.

Em outras palavras, as perdas e danos não o satisfaziam, exigia a execução específica da obrigação, e por motivos torpes. Felizmente, a questão acabou bem, mas por outros caminhos.

Mutatis mutandis, situações similares, não tão dramáticas por certo, são encontradas no mundo moderno dos negócios: perdas e danos, pelo valor que se queira, não satisfazem o credor, supostamente ferido em sua vaidade, mais do que nos interesses econômicos envolvidos na disputa. Causa espécie a obstinação de certos personagens em exigir a execução específica de contratos, rejeitando transigir mediante o pagamento de substanciais perdas e danos, que do ponto de vista apenas financeiro seria irrecusável.

Essa realidade aparece ostensivamente em certos contratos de mais longa duração, em que a contratação se deu em razão de qualidades pessoais das partes, naquele momento. Em muitos desses contratos a característica personalíssima ("intuitu personae") está expressa; em outros não, mas essa nota decorre da própria natureza do contrato.

O contrato de franquia (Lei n.º 8955, de 15 de dezembro de 1994), tão em voga atualmente, pode servir de exemplo próximo de obrigação personalíssima, (permitindo que se conceda descanso ao célebre pintor sempre invocado pelos doutrinadores) tanto que não permite execução específica por sub-rogação.

O franqueador define o perfil ideal de seu franqueado; firmado o contrato (às vezes antes disso) transmite-lhe valiosos conhecimentos e tecnologia que lhe permitam operar o negócio. Se, porém, a experiência indicar que o contratado não tem, ou deixou de ter (como pode acontecer ao longo do tempo) as qualidades necessárias para que se mantenha o pacto, o franqueador

²² "De Rivafinoli v. Corsetti", 4 -- Paige Ch. 263 (N.Y. 1833), *apud op. cit.*, pág. 268

²³ Supreme Court of the United States, n.º (99 - 1786) 534 U. S. 204 (2002) julgado em 8 de janeiro de 2002; N.Y. Court of Appeals, 2001 N.Y. Int 97, julgado em 10 de julho de 2001

deve ter o direito de pagando perdas e danos, se for o caso, exonerar-se do vínculo.

Isso, porém, na prática nem sempre é fácil: se uma parte qualquer, no exercício regular de seu direito, resolve rescindir um contrato (expirado ou ajustado por prazo indeterminado), pode contar com alta probabilidade de que um juiz conceda à outra uma liminar em medida cautelar qualquer (ou até antecipação de tutela) para que se mantenha a contratação, o que constitui nítida violência à liberdade individual, ainda que se trate de conflito de empresas.

Desaparecida a “*affectio*”, não há possibilidade nem conveniência de que se mantenha essa contratação, tornada inviável pela rotunda quebra de confiança entre as partes. Afinal, empresas são formadas e geridas por pessoas, de modo que forçar a preservação de um relacionamento, mesmo comercial, entre personagens desavindos, é coisa insensata, que a justiça não deveria prestigiar com a frequência com que o faz.

Cabe observar que nem a Lei n.º 8078, de 11 de setembro de 1990 (o chamado Código de Defesa do Consumidor), exemplo de notável avanço na ordem jurídica nacional, e que vem sendo equivocadamente aplicada em situações estranhas a relações de consumo, contém qualquer norma impondo a manutenção forçada de uma contratação a título de execução específica, mormente quando se trata de prestação de serviços. Só os serviços essenciais precisam ser contínuos (art. 22).

Num caso recente, porém, determinado estabelecimento que, no exercício regular de direito, notificou seus usuários acerca da rescisão do ajuste (aliás de duvidosa existência), só ao fim de um ano de luta judicial conseguiu extinguir plenamente o alegado vínculo, tendo de valer-se até de mandado de segurança contra ato judicial²⁴.

Há decisões, no entanto, que colocando as coisas com propriedade, dão tratamento adequado às hipóteses de término de relação contratual, asseverando que “não se pode impingir a perenização do contrato”.²⁵

O ideal de segurança

Tanto a manifesta inclinação do Código de Processo pela implantação preferencial da execução específica da obrigação de fazer, como a necessidade, que se diria talvez paradoxal, de possibilitar o término das relações

²⁴ XXV Juizado Especial Cível do Rio de Janeiro, proc. n.º 2002.801.001217-0. Noutro exemplo, o tema específico é evidentemente sensível, sob o aspecto social; uma operadora de planos de saúde comunicou a estipulante de seguro sua intenção de não renovar o contrato no seu término. O juiz concedeu antecipação parcial da tutela buscada por beneficiário do plano, forçando a prorrogação do contrato que a operadora já havia manifestado não desejar renovar ao expirar sua vigência. – (proc. n.º 2003.001.048636-1- 18.ª V.Cív. do Rio de Janeiro).

²⁵ – ac. da 4.ª Câm. Cív. do TJERJ, ap. civ. 99.001.20111, julg. em 29-2-2000, arq. eletr. do Tribunal.

contratuais, sob as condições da lei, mediante satisfação de perdas e danos, parecem sinais de profunda aspiração à segurança, que a ordem jurídica em nosso país aparentemente tem descurado, com a colaboração do sistema judiciário. Na verdade, dir-se-ia que são duas faces da mesma moeda, tanto a obrigatoriedade (e exequibilidade) dos contratos como a possibilidade legítima de rescindi-los, sob as hipóteses legais, sem os percalços de penosas demandas judiciais.

Para ilustrar como esse aspecto é um dado importante na busca pela efetividade, recorramos, mais uma, vez ao texto de Shakespeare.

Naquela mesma peça, “O Mercador de Veneza”, antes citada, encontramos os amigos de Antonio (o mercador inadimplente), às vésperas de seu comparecimento perante o doge, que iria apreciar o pleito de Shylock (o credor), tentando consolá-lo com a esperança de que o doge, por benevolência, não aplicaria a lei em seu rigor.

Vale a pena, por fidelidade, colher as palavras que Shakespeare colocou na boca de Antonio:

“Antonio – O doge não pode impedir o curso da lei. As garantias que os estrangeiros encontram em nosso meio, em Veneza, não poderiam ser suspensas sem que a justiça do Estado ficasse comprometida aos olhos dos mercadores de todas as nações cujo comércio faz a riqueza da cidade. Assim, aconteça o que acontecer”.²⁶

Evidentemente, o que fazia a riqueza de Veneza, no texto, era a segurança jurídica, fator que alguns dados da nossa realidade trazem a desconfortável sensação de estar sendo relegado aqui a segundo plano, e já não é de hoje²⁷.

Partindo-se do pressuposto de que, num regime político como o vigente no Brasil (Const. Fed., art. 170) deve ser prestigiada a atividade econômica privada, a chamada “economia de mercado”, desperta a atenção dos leitores das páginas de economia e finanças dos jornais a constante alusão à necessidade de garantir a estabilidade jurídica, com primazia para o bom funcionamento do Judiciário e o respeito aos contratos.

Essa insistente preocupação da imprensa com a eficácia dos contratos reflete, provavelmente, a inquietação dos “agentes econômicos”, que não percebem, no ambiente jurídico-judicial brasileiro, a existência de clima propício a suas atividades. Não vem ao caso saber se isso é bom ou mau para o

²⁶ “O Mercador de Veneza”, ato terceiro, cena III, Edit. Companhia José Aguilar Editora, Rio, 1969, vol. II da Obra Completa, pág. 475.

²⁷ – Numa decisão de 24 de março de 1987, a 6.ª Câmara Cível do Tribunal do Rio Grande do Sul resolveu alterar a cláusula do preço de um contrato e manteve o restante, sem deixar de assinalar que a intervenção judicial levou ambas as partes a se desinteressarem da execução do pacto – ap. civ. 586053548, ac. publ. em 25 de junho de 1987. A 2.ª Câmara Cível do mesmo Tribunal, em julgado de 27 de outubro de 1993, na ap. civ. 593100563, afirmou que o contrato não é mais lei entre as partes, e alterou a cláusula de preço; tratava-se de contrato perfeito e acabado, esgotado em seus efeitos.

país, importa é detectar o fenômeno²⁸.

A globalização da economia força o Brasil a atentar para o problema²⁹.

A propósito do rumoroso episódio do reajuste das tarifas telefônicas, editorial sob o título "Segurança para investir" tece ponderadas reflexões em torno da necessidade de segurança e do despreparo dos juízes para apreciar complexas relações contratuais envolvendo aspectos técnicos que só especialistas conhecem em profundidade.³⁰

São do mesmo economista agudas observações a respeito das condições indispensáveis para favorecer o crescimento econômico do país, entre as quais cita que "não pode haver ameaça ao direito de propriedade e é preciso reduzir o risco jurídico dos contratos".³¹

O caso da insolvência da Varig colaborou para caracterizar a dissonância entre a realidade econômica e a atuação do Judiciário. Esse episódio chama a atenção para outro aspecto perturbador no funcionamento da justiça, qual seja a subversão dos tradicionais conceitos de jurisdição e competência.

Pelo que se pode concluir, generalizou-se a concepção de que os juízes do Brasil inteiro têm uma espécie de jurisdição concorrente, de modo que, embora as partes envolvidas ou os interesses em jogo se situem no Rio ou em S. Paulo, como é o comum dos casos, juízes de outras jurisdições têm competência para expedir providimentos cautelares, que se sucedem e são revogados com maior ou menor presteza pelos Tribunais superiores. Qualquer empresa que se veja envolvida numa questão de maior repercussão sabe que tem de arregimentar um exército de advogados e espíões e espalhá-los pelo país inteiro, a tentar prevenir, localizar e derrubar as medidas liminares que se sucedem às catadupas, de preferência providas dos locais mais distantes e inesperados. O custo disso, ao que parece, não preocupa o Estado, que também

²⁸ - A segurança das relações jurídicas constitui preocupação constante dos homens de negócio. Curioso e útil é o relato de Jorge Caldeira ("Mauá - Empresário do Império", S. Paulo, 1999, pág. 198) das circunstâncias em que foi elaborado e aprovado o Código Comercial de 1850, por um grupo restrito de políticos e advogados, sob inspiração de Mauá, em sua própria residência, dado o caráter "conspiratório" da iniciativa. O notável empresário buscava modernizar o quadro jurídico, para possibilitar a expansão de suas atividades.

²⁹ - Conhecido analista relata as conclusões de recém-fundado instituto internacional para avaliação das economias dos diversos países: o Brasil perde pontos "em insegurança jurídica dos contratos de qualquer natureza" - "O Globo", 14 de junho de 2003, pág. 32.

³⁰ - "O Estado de S. Paulo", ed. de 17 de julho de 2003 - O articulista reporta-se a estudos do economista Armando Castelar, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), *verbis*: "A clareza das leis, o respeito às normas e aos contratos e a segurança quanto à atuação dos tribunais são alguns desses aspectos [institucionais do desenvolvimento econômico] em geral considerados quando se avalia o ambiente de negócios de um país".

³¹ - "O Globo", 19 de julho de 2003, pág. 26. A jornalista acrescenta: "Castelar fez um estudo mostrando que 80% dos juízes brasileiros acham que justiça social é mais importante do que cumprir contratos e mais importante do que seguir as leis". O jornal voltou ao tema, com destaque, na edição de 17 de agosto de 2003, pág. 12.

sofreu suas conseqüências ao tempo das privatizações de empresas e serviços públicos³².

Nesse contexto, causa preocupação uma decisão como a proferida em 18 de setembro de 2002, que se abre com a incisiva afirmação de que "o princípio 'pacta sunt servanda' não oferece atualmente as garantias absolutas que até a metade do século XX apresentava". Na hipótese, parece indubitável que cabia a intervenção estatal para assegurar o equilíbrio entre as partes. Mas a generalização do princípio pode ter conseqüências que provavelmente escapariam ao objetivo da decisão³³.

Há um nível de relações, contudo, em que se afirma inadmissível contestar a obrigatoriedade dos pactos livremente aceitos: em tema de proteção internacional, no âmbito interamericano, o representante brasileiro na Assembléia Geral da OEA, manifestando-se em 10 de junho de 2003, preconizou, como pré-requisito básico de progresso real no sistema regional, "o cumprimento fiel e integral, pelos Estados partes, das sentenças e decisões da Corte Interamericana", invocando expressamente o princípio "pacta sunt servanda". Teremos uma política interna e outra para efeitos externos?³⁴

A quem se preocupa com o aspecto da segurança jurídica parece inescusável que o novo Código Civil (Lei n.º 10.406/02) constitui fonte de sobressaltos, o que vem ensejando muitos debates entre os doutrinadores.

Sabe-se que o Código deliberadamente pretendeu afastar-se do "engessamento positivista" que, ao ver dos defensores dessa colocação, pelo seu caráter individualista, seria incompatível com a moderna prestação jurisdicional, a qual poderia, assim, apresentar-se "socialmente mais justa".³⁵

Claramente, o Código optou pela adoção de conceitos jurídicos indeterminados, que a ação do juiz tornará concretos, e pelas cláusulas gerais que, dirigidas ao juiz, contribuem para dotar de mobilidade os sistemas internos do Código, mitigando as regras mais rígidas.³⁶

Tanto os defensores como os críticos do sistema, no entanto, não hesitam em reconhecer que a orientação adotada importa "o sacrifício do valor certeza, pela possibilidade do arbítrio judicial na aplicação das normas flexíveis".³⁷

³² - A percepção da opinião pública sobre o "caos judicial" está refletida em artigo do diário "Jornal da Tarde", de S. Paulo, edição de 28 de julho de 2003, sob o título "Preço da incerteza jurídica".

³³ - Apel. civ. n.º 15992/02, da 2.ª Câmara Cível do TJRJ, ac. publ. em 3 de outubro de 2002.

³⁴ - "Correio Braziliense" de 30 de junho de 2003, *apud* "Boletim de Dir. Internacional" editado por Luis Roberto Barroso & Associados, n.º 41 - junho de 2003.

³⁵ - "Novo Cód. Civ. Comentado" coord. R. Fiúza, Ed. Saraiva, 2002, pág. XVIII. Parece no mínimo curioso que se verbere o "engessamento" como razão para substituir um Código em vigor há quase um século, sem maiores ansios sociais por sua revogação, ao que se saiba, ou revogar uma lei sobre sociedades de responsabilidade limitada extremamente flexível, que durante 60 anos atendeu com perfeição aos empreendedores econômicos, desde grandes multinacionais ao mais modesto botequim de esquina.

³⁶ - "Código Civil Anotado", por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery, R.T., 2.ª ed., , pág. 142.

³⁷ - palavras do Prof. José Paulo Cavalcanti, citadas pelo Dep. R. Fiúza, *op. cit.*, pág. XVI.

O relator do projeto de lei que se transformou no Código, Deputado Ricardo Fiúza, admitindo o risco da incerteza que advém da orientação ali perfilhada, justifica-se:

“Julgo, todavia que muito mais grave que o risco do arbítrio judicial é a certeza que a norma logo estará defasada, que logo precisará de reforma. Além do mais, contra essa possibilidade de arbítrio judicial o ordenamento jurídico prevê o duplo grau de jurisdição, com a garantia da pluralidade de instâncias e a composição coletiva dos tribunais”.³⁸

Pode-se imaginar que o ilustre parlamentar nunca ouviu falar de “guerra de liminares” nem, provavelmente, jamais teve de buscar revogar uma liminar grosseiramente equivocada, deferida às 7 horas da noite de um dia de véspera do Carnaval ou outro “feriadão”, contra alguém estabelecido no Rio ou em São Paulo, pelo Dr. Juiz de Rondônia, Paripueira ou Arapiraca... Problemas de um país de dimensões continentais.

É pacífico entre os analistas que o Código atribui ao juiz a tarefa de dar concreção ao Direito. Parece, entretanto, também “communis opinio” que essa maior responsabilidade jogada sobre os ombros do Judiciário chega numa hora em que, infelizmente, observa-se grande queda de qualidade no ensino do Brasil, à qual não poderia escapar o ensino do direito, massificado por meio de escolas de nível insuficiente, realidade que levou a Ordem dos Advogados a instituir o “exame de Ordem”, na tentativa de opor uma barreira ao assustador decréscimo de qualidade técnica dos novos bacharéis. Realidade que, duramente, reflete-se no ínfimo número de candidatos aprovados nos sucessivos e constantes concursos públicos, para as carreiras jurídicas de Estado.

Não se pode esquecer que, acima de tudo, a materialização do direito, no caso concreto, será enormemente influenciada pelo homem, com suas idiossincrasias e padrões ideológicos, praticamente impossível de controlar em tempo e por modo úteis, apesar do que se diga ou pense em contrário.

A respeito do tema, um antigo e admirado observador das coisas do Direito assim se pronunciou:

“III – **Quais os governos e quais os casos em que se deve julgar segundo os termos precisos da lei**

Quanto mais o governo se aproxima da república, tanto mais rígida se torna a maneira de julgar. Constituía um vício da república Lacedemônia o fato de os éforos julgarem arbitrariamente, sem que existissem leis para os dirigir. Em Roma, os primeiros cônsules julgavam do mesmo modo que os éforos; os inconvenientes se fizeram sentir, e fizeram-se leis exatas.

³⁸ – *op. cit.*, pág. XVI.

Nos Estados despóticos não existe lei; o juiz é a própria regra. Nos Estados monárquicos existe uma lei, e nos lugares em que esta é exata, o juiz a segue; e nos lugares onde não é, o juiz procura interpretar-lhe espírito. No governo republicano, é da natureza da constituição os juizes observarem a letra da lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida”.³⁹

Sem dúvida, a justiça (sem apodos) é um ideal da ordem jurídica; mas a segurança constitui um objetivo não menos buscado pelos homens, de modo que as instituições precisam caminhar no sentido de prestigiar uma e outra, sob pena de fracasso, com as graves conseqüências que disso podem resultar.

O sistema de precedentes judiciais vinculantes, como se sabe, tem dado resultados positivos nos países que adotam o regime da “common law”. Só assim, aliás, ao que parece, seria capaz de produzir efeito prático o controle da atuação judicial pelos Tribunais, sugerido pelo relator parlamentar do novo Código Civil.

A sugestão que fica, para evitar a censura que se dirige aos que criticam o trabalho alheio, seria a de implantar-se entre nós a técnica da jurisprudência vinculante, com “súmulas” ou outro mecanismo tendente ao mesmo fim.

Seria uma novidade talvez extravagante; mas diante da preocupante orientação perfilhada pelo Código, com sua feição inovadora, medidas também originais terão de ser buscadas, para impedir o surgimento dos graves problemas que se antecipam.

São cuidados que se justificam, na medida em que as leis de processo tendem a acelerar e tornar cada vez mais efetiva a prestação jurisdicional, do que a antecipação de tutela e a preferência pela execução específica são claros exemplos, enquanto o Código Civil confia ao arbítrio judicial até mesmo definir se o contrato vale em seus próprios termos ou não.

³⁹ – “Do Espírito das Leis”, Montesquieu, Ed. Martin Claret, S. Paulo, 2003, págs. 88/89. (grifo acrescentado)