

Entrevista com o Professor Jorge Mosset
Iturraspe, 297

DIÁLOGOS COM
A DOUTRINA

Entrevista com o Professor Jorge Mosset Iturraspe

RTDC: O que guiou sua opção pelo Direito, em um primeiro momento, e pelo direito civil, mais especificamente? Pode se dizer que sua experiência educacional progressa influenciou esta escolha ou ela se deveu a outros fatores?

JMI: Minha vocação pelo Direito foi despertada na minha casa: meu pai era advogado e meu avô procurador. A conversação diária girava, preferencialmente, em torno destes temas. Iniciada a Faculdade, se afirmou minha afeição pelo Direito Civil, encontrando na *Universidad Nacional Del Litoral* (1948-1950) professores muito bons nessa disciplina. Meu pai foi professor de Direito Público e Provincial e de Direito Político. Lidava com o Direito mais voltado à pessoa humana, mais preocupado com ela.

RTDC: Quais foram os mestres que exerceram maior fascínio sobre o estudante Jorge Mosset Iturraspe?

JMI: Já nos meus anos de estudante e, mais tarde, no exercício profissional, exteriorizei minhas preferências pelo Direito Privado Patrimonial. Dentre os juristas argentinos admirava o professor Lafaille (uruguaio de nascimento) que era, no seu todo, um exemplo de humanismo. Por esses anos, de indubitável influência francesa, gostava muito de ler Jossierand.

RTDC: A literatura, o cinema, as artes em geral ocuparam um papel de destaque na sua formação? Este conhecimento de outras especialidades desempenha um papel vital para o jurista ou pode “desviá-lo” do conhecimento da sua ciência?

JMI: A literatura em geral, o teatro e o cinema, os quais reciam temas jurídicos, exerceram e ainda exercem em mim uma enorme atração. Devo confessar, no entanto, que a absorvente dedicação à ciência jurídica não me deixa horas livres para encarar leituras seguidas.

RTDC: Sabemos que a globalização econômica atinge a ordem jurídica dos países, transformando em palavras de ordem expressões como capital especulativo, otimização dos lucros, protecionismos comerciais, barreiras alfandegárias, entre outras. Diante de tal ordem mundial, qual passa a ser a função das faculdades de Direito da Argentina? Ao elaborarem suas grades curriculares, têm elas privilegiado um ensino técnico ou humanístico? Há preocupação com a interdisciplinariedade? Que papel tem desempenhado o estudante de Direito, bem como a juventude argentina em geral, frente a tal estado de coisas?

JMI: A década de 90 trouxe à Argentina uma enorme preocupação com as questões econômicas. Ela ocorreu a partir do “milagre argentino”, como foi considerado o triunfo frente a hiperinflação, a partir de 1º de abril de 1991. Durante os anos seguintes, foi notória a influência americana, em temas como “a interpretação econômica do Direito”, o descrédito acerca do “Direito do Estado”, a preferência pela mediação, etc. O fim da década mostrou, conjuntamente aos avanços das idéias próprias à “globalização”, a presença forte do “Mercado”, com seus “fios invisíveis” e suas “regras espontâneas”. O empresariado assumiu, na Argentina, um importante papel nas decisões do Governo mas todo esse processo entrou em crise com a “saída da conversibilidade”, a “pesificação”, a “bancarização forçada”, e o “default”. Hoje as “receitas econômicas” dos anos 90 estão desacreditadas e despertam enorme desconfiança. É como se voltasse a fé no Direito que havia sido acuado. O humanismo tende a substituir o tecnicismo; a juventude que havia deixado de lado as ideologias parece voltar a elas.

RTDC: Ainda em referência à pergunta anterior, como o Sr. compararia a juventude de hoje — e os estudantes de Direito em particular — com a sua época de estudante, e ainda com os anos 70, quando a Argentina, assim como o Brasil, passou por difíceis anos?

JMI: O compromisso ideológico da juventude dos anos 70 pareceu desaparecer nos 90. Optou-se, majoritariamente, por posturas hedonistas, pela relativização dos valores, pelo abandono das ideologias. A juventude assumiu posturas pragmáticas, livres de compromissos. Foi, talvez, o contágio com a “leviandade” que imperou nesses anos. A sociedade argentina, ou melhor, as classes média e alta, aceitaram os desígnios do neo-individualismo, do liberalismo e de um certo conservadorismo, ou postura de “direita”.

RTDC: A atual década também vem se revelando um período delicado para a América Latina, com a eclosão de crises institucionais que se julgavam superadas. Como jurista e cidadão de um mundo irreversivelmente globalizado, quais são as atuais perspectivas do nosso continente, e, em especial, da Argentina, frente à intensa crise que está enfrentando?

JMI: Nós, homens de Direito, vivemos obcecados pelo destino limitado da pessoa humana (vivemos obcecados por delimitar as manifestações e características — o trajeto — da pessoa humana): o respeito a sua dignidade, um certo conforto, a satisfação de suas necessidades mínimas etc. Não compreendemos como os avanços científicos e tecnológicos não dão sustentação a uma maior felicidade, a superação das carências extremas e nem tampouco a satisfação das necessidades básicas da pessoa humana. Em síntese, como podem

os países do terceiro mundo ou em vias de desenvolvimento sair dos anos 90, no que tange à felicidade da maioria da população, muito pior do que quando entraram na referida década. Preocupa-nos o “capitalismo selvagem”, a sociedade não-solidária, a desumanização do Direito. Que uma maior igualdade seja vista como uma empreitada da extrema esquerda e uma tentativa de resistência à globalização e ao progresso.

RTDC: Como o Sr. vê a produção editorial argentina contemporânea na área do Direito? O que se tem feito é satisfatório? Para o Sr., os grandes manuais e tratados continuam a desempenhar um papel importante no cenário atual?

JMI: Nós, argentinos, cremos firmemente na “doutrina como fonte do Direito”. Nossos códigos comentados referem-se permanentemente a ela. Tanto como às decisões dos juízes e à doutrina judicial. Isso nos difere dos outros Direitos, que se atém menos à doutrina autoral. Acredito que a inquietude jurídica é canalizada felizmente em obras jurídicas e que a Argentina, por essa razão, encabeça a produção de livros de Direito, desde tratados a manuais, passando por inúmeros trabalhos de investigação, monografias e obras sobre temas específicos.

RTDC: Como o Sr., que foi membro da Comissão de Reforma ao Código Civil argentino, enxerga o papel das codificações na atualidade? O Sr. acha que a saída ideal é mesmo erigir novos “monumentos” ou, ao revés, deveríamos buscar a implementação de tendências mais modernas, pautadas pela decodificação e pela proliferação de leis especiais? Poderíamos abrir mão da segurança advinda da elaboração de grandes codificações para privilegiar pequenas leis setoriais, buscando um direito mais dinâmico?

JMI: Não acredito ser conveniente aos nossos países latino-americanos abandonar a codificação. Creio, sim, na atualização dos Códigos, porém não meramente reconhecendo “avanços técnicos”, e sim comprometendo esses corpos legislativos a uma determinada “concepção do homem e da vida”. Tal como o fez o Brasil, em seu novo Código Civil, ao reconhecer o “princípio da socialidade”. Todavia, os Códigos não podem apagar os microsistemas, tais como os dedicados ao consumidor e ao meio ambiente. Tampouco deve-se pensar em Códigos “para sempre” (eternos, definitivos), devendo-se formar uma consciência acerca de suas reformas, como também acontece no Brasil com a Constituição.

RTDC: Em vista dessa tendência, as leis especiais têm feito previsão expressa de “artigos-ponte”, que possibilitam o que se tem chamado, seguindo a doutrina alemã, de “diálogo das fontes”, em substituição ao antigo “conflito de normas”. Para o senhor, como deve se dar o entrelaçamento dos institutos de direito civil, direito penal, direito comercial, direito do consumidor etc.?

JMI: Creio em uma relação rica e fluida entre o macro e o microsistema. Como se dirigíssemos numa “avenida de mão dupla”, pela qual as idéias e influências são mútuas e recíprocas: vão e vêm. Do Código ao consumidor, e o inverso, por exemplo. Sou partidário da unificação do Direito Privado, Civil e Comercial ou Empresarial, sem prejuízo de excluir certas leis como as de falência, papéis de comércio, sociedades e outras.

RTDC: **A Constituição brasileira de 1988 trouxe ao Direito Privado referências normativo-axiológicas como a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança, a defesa do consumidor, a função social da propriedade, entre outros. Há na Argentina, como no Brasil, a busca de uma releitura do direito privado à luz da Constituição?**

JMI: O processo denominado “a constitucionalização do Direito Civil” também se deu na Argentina, a partir da reforma da Constituição Nacional do ano de 1994. Incorporaram-se nessa ocasião os direitos a um meio ambiente são, os direitos do consumidor e do usuário, assim como os direitos de incidência coletiva. Entre as atribuições do Congresso, art. 75, XIX, incorporou-se o seguinte propósito: “Conduzir ao desenvolvimento humano, ao progresso econômico com justiça social, à produtividade da economia nacional, à geração de empregos, a formação profissional dos trabalhadores, à defesa do valor da moeda...” Embora estas normas programáticas não tenham tido ainda princípio de execução, considero importante que as tenham constitucionalizado.

RTDC: **O Direito Civil hoje é determinado por cláusulas gerais, como boa-fé, equidade, bons costumes, ordem pública. Como os juízes argentinos têm norteado suas decisões diante de ofensas a cláusulas gerais?**

JMI: A ordem pública e os bons costumes estavam no Código Civil em sua redação original como limites à autonomia da vontade. Receberam escasso desenvolvimento até a Reforma do Código Civil de 1968 (Lei 17.711), que tentou mudar o espírito liberal-individualista do Código por outro mais humanitário e atento às necessidades comunitárias. A equidade e a boa-fé aparecem precisamente nesta reforma de 68, junto com a previsão do abuso de direito. A magistratura argentina, nossos juízes, embora tenha aplicado estes princípios gerais em algumas ocasiões, não lhes deu um desenvolvimento amplo e enriquecido. A nulidade das cláusulas abusivas apareceriam na lei de tutela aos consumidores e usuários (Lei nº 24.240) no princípio dos anos 90. Tampouco contaram com a simpatia dos nossos juízes, apesar de existirem decisões que invalidaram as pretensões abusivas e usurárias.

RTDC: **Quais avanços e retrocessos o senhor apontaria no Código Civil brasileiro de 2002? O senhor entende que este diploma, cujo projeto é de 1975, conseguiu**

superar os ranços histórico-culturais tradicionalmente a ele arraigados e assumir a postura progressista a que almejava?

JMI: A incorporação ao Código Civil de institutos com os mencionados no ponto precedente — boa-fé, equidade, proibição do abuso, princípio da socialidade — é, de per si, uma atividade francamente “progressista”, de defesa dos débeis e “fracos”. Completa-se com institutos como a lesão e a onerosidade excessiva superveniente. Conversa à parte, dentro dessa visão de “avanço”, constituiu-se a recepção da responsabilidade objetiva, que abarca os produtos incorporados ao comércio, tenham ou não defeitos, quando se tornam danosos, e o denominado “risco de desenvolvimento e crescimento”. Não nos escapa que se, por outro lado, se julga conforme a globalização o retrocesso do “Direito do Estado”, com a incorporação da *lex mercatoria*, tais institutos opostos a semelhante posição mostram-se “contrários à economia livre de mercado”, uma vez que possibilitam a intervenção do Estado — mal tida pelos porta-vozes do “economicismo” como “interferência cultural”. Para os que escrevem sobre os institutos reiteradamente mencionados — boa-fé, abuso, função social, etc. — estes não são de uma época determinada — dos anos 60 ou dos anos 70 —, são, pelo contrário, “o melhor do Direito, as descobertas mais perduráveis”.

RTDC: Como é a atuação dos principais meios de tutela do consumidor na Argentina? Há facilitação da defesa do consumidor em juízo? O direito do consumidor desfruta de um *status* elevado ou é visto como um ramo de menor importância?

JMI: Na Argentina, as empresas seguem vendo a defesa do consumidor como um ataque a seus interesses. Não é concebível até hoje que o mundo empresarial aceite como razoável e justa a tutela dos consumidores e usuários. É muito pouco o que se tem feito para quebrar esta resistência desde a edição da Lei 24.240, no início dos anos 90 e desde a reforma constitucional, que incorporou essa tutela em 1994. Há, sim, pareceres favoráveis ao consumidor. São ainda muito poucas as associações de tutela reconhecidas. A maioria dos juristas considera que se trata de um “ramo menor”, um aspecto pouco importante do saber jurídico. Nossa opinião é exatamente a contrária e destacamos o trabalho dos que se ocupam destes problemas que compõem a vida diária, a felicidade quotidiana.

RTDC: São conhecidos seus estudos acerca das obrigações de meio e de resultado nos serviços, vistas sob a ótica do consumidor. Explique-nos, em especial, sua visão a respeito da obrigação assumida pelo médico junto a seu paciente, tema que no Brasil ganhou novos contornos com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

JMI: Lamentavelmente, na Argentina, a lei de tutela do consumidor e usuário foge da sua compreensão — não alcança — aos profissionais liberais. A distinção entre obrigação de meio e de resultado se converteu em um “escudo protetor” dos médicos em caso de prática maléfica. É quase a única aplicação da dita distinção. Creio que o dever do médico perante o paciente busque sempre um resultado, ainda que seja próximo, como é a boa atenção clínica e cirúrgica; de onde o médico, com base na carga dinâmica da prova, deve demonstrar que “sua gestão” foi eficiente, que o fez bem, de acordo com a melhor ciência médica, o que se comprometeu a fazer. Não é suficiente demonstrar que “possui os meios”. Basta convencer o juiz de que acertou com a medicação indicada ou com a intervenção efetuada no paciente, mesmo com resultado final negativo.

RTDC: Já há algum tempo, países como Itália, França e Alemanha têm elaborado teorias concernentes a categorias de danos diversas das clássicas teorias dos danos material e moral, como o dano biológico, o dano fisiológico e o dano à identidade. Estas matérias também vêm sendo objeto de estudo e pesquisas nos EUA e Canadá, bem como em alguns países da América Latina. Qual a sua posição a respeito destas teorias e como o Sr. vê a sua evolução? Qual o atual estágio de desenvolvimento do “subsistema argentino de danos”.

JMI: Na Argentina, há mais de vinte anos começou-se a estudar a categoria dos denominados “novos danos”, superação da diferença clássica entre danos patrimoniais e morais. Construiu-se esta nova categoria sobre os “danos à pessoa”, deixando de lado — como uma mera espécie — os danos morais e os “daños-dolor”. Começaram com os relativos à intimidade e com o dano estético. Logo, os danos relacionados à vida e aos projetos de vida; o biológico e o psíquico, etc. A doutrina desenvolveu-os com muito entusiasmo e a jurisprudência os tem reconhecido pouco a pouco. Busca-se sua incorporação no Código Civil em uma eventual reforma. Assim foi nos últimos projetos.

RTDC: Tratando de responsabilidade civil, o senhor aponta para uma amplitude das hipóteses de responsabilidade, como se vê, por exemplo, em sua obra sobre responsabilidade coletiva de 1992. Mais recentemente, em seu livro *Daños, globalización, estado e economía*, de 2000, o Sr. voltou ao tema. Este caminho se acentua diante da idéia de economia de mercado, podendo-se estabelecer uma forma de compensação por riscos criados dentro desta realidade econômica?

JMI: Nos anos 90, o forte avanço “economicista”, com base na “economia de mercado”, nas regras invisíveis e espontâneas do mercado, em um momento de defesa da empresa e de seus anseios por lucro, tratou-se de frear o avanço do Direito de Danos. Sustentava-se por

setores minoritários “que haviam estado demasiadamente distantes”, ignorando o “custo social”, a interpretação econômica do direito. A crítica apontava, em primeiro lugar, para a responsabilidade imputável a risco — sem culpa — e em especial ao denominado “risco de empresa” pela colocação de bens e serviços no mercado. Invocou-se, mais de uma vez, a presença de “danos casuais” ou fortuitos e a “culpa” da vítima, como elementos válidos. Creio que esta tendência começou a declinar e que o direito dos danos mantém a plenitude de sua vigência.

RTDC: Na sua vasta obra sobre contratos, pode-se verificar uma linha que se inicia em 1961 com uma obra de cunho marcadamente dogmático, e passa, em 1975 por uma obra sobre a justiça contratual e por uma, de 1991, sobre as vicissitudes da vida contratual, até chegar a *Como contratar em uma economia de mercado*, de 1996. O que mudou na sua visão do contrato como meio de circulação de riqueza até esta obra e o que mudou de 1996 até hoje?

JMI: A observação sobre a evolução dos meus trabalhos sobre contratos é absolutamente correta. Minha primeira obra, dogmática, é dos primeiros anos da década de 60 e está de acordo com a visão sobre direito que havia na época, basicamente uma visão afrancesada e clássica. A reforma de 1968, na Argentina, Lei 17.711, teve nessa evolução uma notável relevância. Foi uma volta ao “humanitarismo jurídico” ou ao direito com função social. Nos anos 90, percebo a incidência dos usos e costumes da empresa, a *lex mercatoria*, e trato de travar um combate contra “o contrato sem direito e sem lei”; a sobreposição das normas do Estado às normas de mercado. A preocupação está concentrada nos “débeis da contratação”, na usura e abuso em um mercado com grandes e importantes “falhas”. É também o momento de enfatizar uma “visão cristã do Direito”.

RTDC: O Sr. considera apropriado, ou mesmo possível, falar em um “Direito Sul-Americano” ou “Latino-Americano”?

JMI: Creio que devemos nos empenhar em conseguir, passo a passo, um Direito Latino-Americano. Que o futuro nos encontre, como disse um presidente argentino, “unidos e submetidos” aos habitantes da América Central e do Sul, ou melhor, do México para baixo. Que devemos preservar nossas origens e tradições jurídicas, nossa base comum, romano-latina. Pensando em um “mercado sem falhas” e, portanto, em um Direito preocupado em tutelar os mais débeis, desamparados e desprotegidos: o consumidor, o trabalhador, o pedestre, o locador etc. Os pobres, em primeiro lugar.

relevância. Foi um volta ao "humanitarismo jurídico" ou ao direito com função social.. Nos anos 90 percebo a incidência dos usos e costumes da empresa, a *lex mercatoria*, e trato de travar um combate contra "o contrato sem direito e sem lei"; a sobreposição das normas do Estado às normas de mercado. A preocupação está concentrada nos "débeis da contratação", na usura e abuso em um mercado com grandes e importantes "falhas". É também o momento de enfatizar uma "visão cristiana do Direito".